



Talitha Melo Franco Souto

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO PELOS ATOS DAS EMPRESAS MILITARES E/OU DE SEGURANÇA PRIVADAS

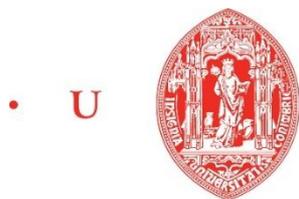
Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Internacional Público e Europeu apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra

Orientador: Professor Doutor Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de Almeida

Coimbra, julho/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Talitha Melo Franco Souto

A Responsabilidade Internacional do Estado pelos Atos das Empresas Militares e/ou de
Segurança Privadas

International State Responsibility for the Acts of Private Military and/or Security
Companies

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente
ao grau de Mestre), na Área de Especialização em em Ciências
Jurídico-Políticas / Menção em Direito Internacional Público, sob a
orientação da Professor Doutor Francisco António de Macedo
Lucas Ferreira de Almeida.

Coimbra, 2017

AGRADECIMENTOS

A Deus.

À minha mãe, Janice, pelo mais sincero amor, por sempre me fazer sentir protegida e amada, e pela certeza de que entre nós não há distância. Em você encontro a minha força e o meu caminho para a integridade.

Ao meu pai, Júlio César, por ser o maior incentivador dos meus sonhos, por me permitir ir sempre além e me ensinar a ver a simplicidade nas coisas.

Às minhas irmãs, por verterem luz sobre os meus dias nublados. Manu, por sempre me lembrar de ver os elefantes e as jiboias. Larissa, por arrancar todos os baobás e revolver os vulcões, sem você não seria possível voar com os pássaros selvagens.

A Henrique pela compreensão, por suportar a ausência, por esperar e perseverar ao meu lado, pelo amor que faz tudo valer a pena.

A Léo, o irmão e amigo, pelo carinho constante.

Ao grande amigo Tomás, pela solicitude ao longo de toda esta jornada e, em especial, pela sua generosidade na concretização deste trabalho.

A Pedro, amigo e ouvinte, por toda a ajuda e companhia nesta caminhada, principalmente nos intermináveis dias de livros e bibliotecas.

À Fernanda, Júlia, Gabriela, Ana Luiza e Luísa por terem compartilhado todas as aventuras e desventuras desse lado do mundo, por serem família e casa. Vocês tornarem mais leves os meus dias.

Ao Professor Doutor Francisco Ferreira de Almeida por ter despertado em mim o interesse pelo direito internacional, pelo incentivo e por estar sempre disponível para sanar dúvidas e questionamentos.

Ao Professor Doutor Juan Manuel Bautista Jiménez, pela receptividade na Universidade de Salamanca e pelas indicações bibliográficas e sugestões, essenciais para a realização desta pesquisa.

Por fim, dedico este trabalho ao meu avô, Júlio César de Melo Franco, que disse, já há algum tempo, que “uma das maiores virtudes que podemos e devemos cultivar é a da solidariedade humana”. Suas palavras ressoam comigo a cada passo. Serei para sempre sua mais fiel admiradora. Obrigada.

RESUMO

O presente estudo analisa as circunstâncias em que as violações cometidas por empresas militares e/ou de segurança privadas (EMSPs) podem acarretar a responsabilidade do Estado, sob o direito internacional. Um dos motivos pelo qual o direito internacional é, em muitos casos, preterido nas discussões sobre o uso e a regulação dessas empresas, se deve ao fato de que seu enfoque ainda está, predominantemente, no Estado. Não obstante, este trabalho defende que, pela perspectiva do direito internacional, os Estados não podem simplesmente se eximir da responsabilidade internacional ao privatizar a segurança e delegar funções militares. A conduta das empresas militares e/ou de segurança privadas, cumpridas determinadas condições, podem ser atribuídas ao Estado, que deverá ser responsabilizado pelas violações de obrigações de direito internacional, cometidas pelos contratados privados. Nos casos em que a atribuição não se configura, o Estado pode ser responsabilizado pela falha em cumprir o seu dever de *due diligence* – previsto pelo direito internacional consuetudinário e em tratados internacionais de direitos humanos e de direito humanitário – em regular, fiscalizar, controlar e punir a conduta das empresas militares e/ou de segurança privadas. Portanto, apesar de algumas questões envolvendo a atuação dessas empresas permanecerem sem respostas jurídicas satisfatórias, não se pode dizer que as EMSPs atuam sob uma lacuna do direito internacional. Acompanhados por outros instrumentos regulatórios, as normas e os princípios previstos pela responsabilidade do Estado, quando bem aplicados, possuem o potencial de resolver muitos aspectos da problemática que circunda o crescente papel desempenhado pelas EMSPs.

Palavras-chave: direito internacional, responsabilidade do Estado, empresas militares, segurança privada, *due diligence*.

ABSTRACT

This present study analyses the circumstances in which violations committed by *private military* and *security companies* (PMSCs) may result in responsibility to the State, under international law. One of the reasons why international law is often disregarded in discussions over the use and regulation of these companies is because its focus still is, predominantly, in the State. However, this work contends that, under the view of international law, States cannot simply exempt themselves of international responsibility by privatizing security and delegating military functions. The conduct of *private military* and *security companies*, with certain conditions observed, can be attributed to the States and they should be liable for the violation of international law obligations committed by the privately contracted. In cases where the attribution cannot be made, the State may be liable for failing to accomplish their due diligence duty – regulated by international common law and by human rights and humanitarian law international treaties – in regulating, inspecting, controlling and punishing the conducts of *private military* and *security companies*. Therefore, despite some issues regarding the action of these companies continuing to lack satisfactory legal answers, it cannot be said that PMSCs act under an international law gap. Accompanied by other regulatory instruments, the rules and principles observed by State responsibility, when well applied, have the potential to solve many aspects of the dispute around the rising role performed by PMSCs.

Keywords: international law, State responsibility, military companies, private security, due diligence.

SIGLAS E ABREVIATURAS

AG – Assembleia Geral da ONU
CDI – Comissão de Direito Internacional
CG – Convenção de Genebra
CIJ – Corte Internacional de Justiça
CNU – Carta das Nações Unidas
CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos
EMP – Empresa Militar Privada
EMSP – Empresa Militar e/ou de Segurança Privada
ESP – Empresa de Segurança Privada
EUA – Estados Unidos da América
ONG – Organização Não-Governamental
ONU – Organização das Nações Unidas
OUA – Organização da Unidade Africana
PA – Protocolo Adicional
TPI – Tribunal Penal Internacional
TPIY – Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia

ACEA – Arms Export Control Act
ALTCA – Alien Tort Claims Act
ASR – Articles of State Responsibility
ATS – Alien Tort Statute
DARS – Draft Articles on Responsibility of States
DARIO – Draft Articles on Responsibility of International Organizations
DCAF – Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces
DOD – Department of Defense
EO – Executive Outcomes
ICC – International Criminal Court
ICJ – International Court of Justice
ICoC – International Code of Conduct
ICRC – International Committee of the Red Cross
ICTY- International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
ILC – International Law Commission

IPOA – International Peace Operations Association
ISOA – International Stability Operations Association
MEJA – Military Extraterritorial Jurisdiction Act
NGO – Non-Governmental Organizations
NOVACT – The International Institute for Nonviolent Action
PMC – Private Military Companies
PMF – Private Military Firm
PMSC – Private Military and Security Companies
UCM – Uniform Code of Military Justice
UNWG – United Nations Working Group

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. AS EMPRESAS MILITARES E/OU DE SEGURANÇA PRIVADAS.....	13
1.1. Breve Percurso Histórico – Dos Mercenários às EMSPs	13
1.2. Conceito e Tipologia das EMSPs.....	24
1.3. Impactos Causados pelas EMSPs	33
1.4. As EMSPs no Iraque.....	39
1.5. Considerações Essenciais sobre o Uso das EMSPs	44
2. BREVE EXCURSO SOBRE A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO.....	48
2.1. As Iniciativas de Codificação	49
2.2. Os Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos da Comissão de Direito Internacional.....	53
2.2.1. Responsabilidade Internacional Compartilhada	63
3. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO E SUA RELEVÂNCIA PARA AS EMPRESAS MILITARES E/OU DE SEGURANÇA PRIVADAS.....	68
3.1. A Responsabilidade do Estado por Atos Ilícitos das EMSPs no Relatório da Comissão de Direito Internacional e no Direito Internacional Costumeiro	68
3.1.1. Conduta dos Órgãos do Estado.....	69
3.1.2. Conduta de Pessoas ou Entidades Exercendo Elementos de Autoridade Governamental.....	73
3.1.3. Conduta Instruída, Dirigida ou Controlada pelo Estado.....	77
3.2. A Responsabilidade do Estado pelo Descumprimento do Dever de “ <i>Due Diligence</i> ”	86
3.3. As EMSPs sob o Direito Internacional Humanitário.....	92
3.4. A Responsabilidade Individual Criminal do Contratado Privado	97

3.5. Iniciativas de Regulação das EMSPs.....	101
3.5.1. Regulação pelo Mercado	102
3.5.2. Autorregulação das EMSPs	104
3.5.3. Regulações Nacionais das EMSPs.....	107
3.5.4. Regulações Internacionais das EMSPs	111
CONCLUSÃO.....	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	125

INTRODUÇÃO

A proliferação de empresas militares e/ou de segurança privada (EMSP), como parte essencial das operações militares recentes, atuando em Estados falhados e nos conflitos armados contemporâneos, somando-se à repercussão de casos como as violações de direitos humanos em Abu Ghraib e o tiroteio, amplamente difundido, que teve lugar na Praça de Nisour, deram notoriedade ao fenômeno, não tão recente, mas pouco discutido sob os aspectos jurídicos, da privatização militar e da segurança.

Em face dessa realidade e da necessidade do direito internacional responder às questões que emanam, conseqüentemente, da atual e não mais negável conjuntura internacional da segurança, este estudo propõe uma análise sob a perspectiva estatal. Perspectiva esta, que tem sido pouco abordada pela doutrina, que concentra o debate sob a ótica da empresa e do indivíduo, discutindo se esse se enquadra ou não na definição de mercenário e se a segurança pública, bem como, as atividades que compõem o esforço militar dos conflitos armados devem ou não ser privatizados.

Numa tentativa de buscar respostas para as situações que já se apresentam, este trabalho optou por uma abordagem pragmática utilitarista, acreditando que se deve encarar a realidade fática e encontrar as possíveis soluções que o vasto e complexo ramo do direito internacional público oferece, sem, contudo, deixar de buscar novas possibilidades, lembrando-se, sempre, que o direito está em constante construção. Entre as medidas aplicáveis às violações decorrentes das atividades desempenhadas pelas EMSPs está a responsabilidade internacional do Estado, que será o objeto central deste estudo, em uma pretensão de analisar as possibilidades de se responsabilizar o Estado pelos atos das EMSPs, no contexto dos conflitos armados e das operações militares.

Para tanto, o primeiro capítulo contextualiza a indústria privada da segurança, demonstrando que a privatização desse setor não é um fenômeno inédito da contemporaneidade. Na realidade, ao se analisar o decurso histórico dos conflitos, o uso da força foi desempenhado prevalentemente pelo setor privado. Não obstante, os últimos séculos foram caracterizados pela detenção do monopólio estatal sobre o uso da força, decorrentes de uma mudança de paradigma causada por uma soma de fatores. Entre esses, a Revolução Industrial, que proporcionou avanços tecnológicos nos transportes, permitindo o deslocamento de milhares de soldados e do seu abastecimento, o aprimoramento

armamentício e a necessidade de uma macro estrutura de logística e suporte, que permitiram somente ao Estado a capacidade de gerenciar a guerra. Outro fator elementar foi a Revolução Francesa, que inaugura a era dos Estados constitucionais democráticos fundamentados nos valores iluministas, tirando das mãos do monarca e transferindo para a população o poder de decisão sobre a guerra. O cidadão passou a ser o protetor da sua pátria e os exércitos deixaram de ser formados por mercenários para se constituírem por nacionais.

Apesar da presença dos mercenários nos conflitos não ter sido completamente extinta, sua atuação, desde então, se tornou ilegítima se restringindo à clandestinidade. Contudo, o fim da Guerra Fria e as transformações sociais, econômicas e tecnológicas, que se sucederam, influíram para o surgimento de um novo ator e a figura do mercenário, que ilustrou por tanto tempo o uso privado da força, foi substituída pela figura da empresa militar e/ou de segurança privada. Diante disso, o primeiro capítulo analisa o conceito dessas empresas, o seu enquadramento no direito internacional e os impactos que decorrem da sua atuação, evidenciando questionamentos sobre como a privatização abala a relação entre o Estado e o cidadão, reduz o poder democrático sobre o uso da força e influi nas decisões dos Estados.

Ante o dever de zelar pelo cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos e de direito humanitário, em seu território, e devido ao fato que a presença das EMSPs decorre da autorização ou requisição dos Estados, em determinadas circunstâncias, estes podem ser responsabilizados por violações cometidas por essas empresas. A responsabilidade internacional do Estado, tema do segundo capítulo, se situa no campo das normas secundárias, que tem por escopo determinar as medidas que devem ser adotadas quando um Estado transgredir uma norma primária do direito internacional a que esteja vinculado. As normas primárias são aquelas que estabelecem obrigações aos sujeitos e, portanto, as secundárias são aquelas que estabelecem as consequências jurídicas do descumprimento das obrigações.

Esse ramo do direito internacional se fundamenta no princípio da igualdade soberana dos Estados e tem o objetivo de garantir o cumprimento do ordenamento jurídico internacional, estabelecendo que o Estado é responsável por todo ato internacionalmente ilícito que houver cometido. Apesar da responsabilidade só se aplicar aos atos atribuíveis ao Estado, ou seja, aos atos dos seus órgãos e das pessoas que possuem o poder de

representá-lo, o ordenamento jurídico da responsabilidade prevê exceções em que as condutas de atores privados podem ser atribuídas ao Estado.

Nesse contexto, adentra-se no ponto nevrálgico deste estudo, em que se analisam as situações que um Estado pode ser responsabilizado pelos atos violadores de obrigações internacionais, cometidos pelos empregados das EMSPs. Portanto, no terceiro capítulo, se introduz o estudo a partir do projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, com bases nos artigos 4º, 5º e 8º, analisando as hipóteses que as empresas podem, respectivamente, ser consideradas órgãos estatais; atuar exercendo elementos de autoridade governamental; ou quando suas condutas forem instruídas, dirigidas ou controladas pelo Estado.

Além da responsabilização dos Estados pela atribuição da conduta ilícita, existe a possibilidade dos Estados serem responsabilizados pelo descumprimento do dever de *due diligence*, previsto pelo direito internacional consuetudinário e sedimentado pela jurisprudência internacional. Esse dever emana, principalmente, dos tratados de direitos humanos e de direito humanitário e incide quando os Estados não tomam as medidas necessárias impostas pelo direito internacional para prevenir, investigar ou punir a ocorrência de atos ilícitos. Assim sendo, faz-se necessário analisar quando as obrigações decorrentes do dever de *due diligence* podem recair sobre os Estados que contratam as EMSPs, os Estados do território em que as EMSPs atuam (*host States*), ou os Estados em que essas empresas possuem sede (*home States*).

Existe, ainda, outra possibilidade de se responsabilizar internacionalmente o Estado pelos atos das EMSPs, que se perfaz quando essas atuam sob a égide do direito internacional humanitário, aplicado no âmbito dos conflitos armados. Este ramo autônomo do direito internacional regula as condutas das partes envolvidas em um conflito armado interno ou internacional e tem como propósito proteger as pessoas que não participam ou deixaram de participar das hostilidades. Desse ordenamento traslada a obrigação *erga omnes* de que todos os Estados devem garantir o respeito pelo direito internacional humanitário. À vista disso, analisa-se, nesse tópico, quando os deveres impostos pelas normas humanitárias incidem sobre as condutas das EMSPs.

Em seguida, com o fito de complementar o estudo da responsabilidade decorrente da atuação das EMSPs, em ambientes complexos marcados pela violência, e dar enfoque nas vicissitudes que decorrem da multilateralidade emergente nas relações jurídicas

internacionais, principalmente no âmbito dos direitos humanos e do direito humanitário, trata-se, sucintamente, da responsabilidade individual criminal do contratado privado.

E, por fim, com o escopo de abordar hipóteses alternativas de solução da problemática criada pela atuação das EMSPs, o presente trabalho discorre sobre as iniciativas de regulação das atividades dessas empresas nos âmbitos do mercado, de uma autorregulação, dos ordenamentos jurídicos nacionais e do direito internacional.

1. AS EMPRESAS MILITARES E/OU DE SEGURANÇA PRIVADAS

1.1. Breve Percurso Histórico – Dos Mercenários às EMSPs

They know no country, own no lord. Their home the camp, their law the sword.

(Silvio Pellico, 1788-1854)

Desde que o ser humano se estabeleceu em sociedade, disputas e conflitos marcaram sua história. À medida que as sociedades foram evoluindo também evoluíram as formas de conflitos. Hodiernamente, é fastidioso desassociar o que se entende por guerra da concepção de exércitos nacionais permanentes, formados por nacionais dispostos a morrer em defesa da nação. Entretanto, desde uma perspectiva histórica, os exércitos nacionais são a exceção, que remonta a não mais de três séculos¹, o método de guerra que mais perdurou se alicerçava sobre a figura do mercenário.

Pode se dizer que os mercenários são tão antigos quanto a própria guerra. No Egito Antigo já se empregavam mercenários líbios e núbios para lutarem pela expansão do império². No entanto, a mercantilização e internacionalização da violência se iniciaram com a comercialização da guerra no Norte da Itália, durante século XI³.

Nesse ínterim, o poder militar era completamente mercantilizado, devido ao forte comércio entre as cidades-estados que gerava um acúmulo monetário e permitia aos habitantes contratarem soldados para lutarem suas guerras⁴. Entre os séculos XII e XIII, desenvolveu-se o sistema *Condotta*, em que os mercadores permaneciam realizando seus negócios e pagavam o *condottiere* para fazer a guerra, que por sua vez, organizava um

¹ ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí” in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013, p.349.

² ROSEN, Fred. “Contract Warriors” in *How Mercenaries Changed History and the War on Terrorism*. New York: Alpha, 2005, p.45.

Ainda sobre o Egito Antigo, durante o Novo Império, em que houve uma expansão sobre a Ásia, foram contratados mercenários jônios, carianos, fenícios, judeus e, sobretudo, gregos. Cf. MOKHTAR, Gamal (ed.) *História Geral da África II: África Antiga*. 2 ed. rev. Brasília: UNESCO, 2010.

³ THOMSON, J. *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1994, p. 21.

⁴ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006, p. 34.

exército de mercenários. Dessa forma, era possível preservar os comerciantes para manter o fluxo de riquezas e evitar o desperdício da força de trabalho.

Nesse período houve um aumento considerável de grupos de mercenários na Europa, dentre os quais se destacaram os *pikemen* suíços⁵ e os *tercio* espanhóis⁶. Essa expansão, juntamente com o aperfeiçoamento militar dos mercenários, levou ao fim da era dos cavaleiros na Europa e, conseqüentemente, dos impostos feudais destinados a esse propósito⁷.

Por dois séculos, as batalhas se restringiram às disputas privadas feudais, entretanto, o gradual robustecimento do poder central modificou o arquétipo dessas disputas, a motivação passou a ser acumulação territorial e a frequência e intensidade aumentaram; uma nova ordem de poder emergiu concentrada nos príncipes soberanos. Ao contrário de triviais rivalidades feudais, o poder econômico e militar passou a dominar o relacionamento entre monarcas, concentrando a força militar nas mãos de poucos e extinguindo as guerras privadas⁸.

Simultaneamente, outro tipo de privatização da violência se desenvolveu nos mares, associada à prática do corsarismo. Corsários eram pessoas do setor privado que navegavam com uma autorização do governo, carta de corso, para atacar embarcações estrangeiras bélicas ou mercantis e ficavam com parte da mercadoria pilhada como pagamento. Em determinados períodos na Inglaterra, os corsários eram autorizados a reter tudo que adquirissem, pois, o maior interesse consistia em prejudicar o inimigo, os transformando em uma importante estratégia de guerra. Essa prática durou até a metade do século XIX, sendo uma das maiores responsáveis pelo desenvolvimento naval do Reino Unido e da França⁹.

A partir do século XVI, uma nova entidade comercial surgiu na Europa sob a forma das companhias mercantis ou companhias de comércio, que exploravam outros continentes em busca de matérias-primas e de novos mercados. Essas companhias privadas

⁵ Formaram-se durante as lutas por liberdade política na Suíça e se tornaram um importante serviço de exportação.

⁶ Haviam outros grupos de mercenários como os Landsknechts provenientes do sul da Alemanha e da Áustria.

⁷ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006, p. 34.

⁸ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006, p. 36.

⁹ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006, p. 36.

tinham a permissão do governo para o uso da força tanto para defender seus navios e produtos quanto para destruir a concorrência e monopolizar mercados, para tal, as companhias contratavam forças armadas privadas¹⁰. Carlos Ortiz defende que as forças mantidas pelas companhias de comércio constituem o antecedente histórico mais próximo das atuais empresas militares privadas, referindo-se àquelas como empresas militares privadas (EMPs) sob a forma embrionária, devido ao seu caráter multinacional que para o autor é uma característica inerente a essas empresas¹¹.

Esse progresso comercial e tecnológico conduziu ao aprimoramento das técnicas de guerra em que as forças armadas necessitavam ser bem treinadas, possuir um alto grau de disciplina, com movimentos táticos e harmonizados; passou-se a uma uniformização das tropas, o exército foi dividido em unidades que possuíam habilidades diferentes como cavalaria e infantaria, com efeito, tornou-se mais conveniente manter exércitos permanentes do que contratar novos mercenários a cada temporada, suscitando, assim, a era dos exércitos de massa, disciplina e rigidez, controle estatal e submissão do indivíduo¹².

A uniformização desencadeou um sentimento de unidade e identidade estreitando os laços entre os soldados e entre esses e o monarca. O exército começou a usar o uniforme do monarca, ser pago pelo monarca, lutar pelo monarca e fazer um juramento de lealdade ao monarca¹³. *“Thus we see, during the period 1560–1660, the amalgamation of mercenary companies into standing armies, while the introduction of innovative ideas in*

¹⁰ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006, p. 38.

¹¹ ORTIZ, Carlos. “Overseas Trade in Early Modernity and the Emergence of Embryonic Private Military Companies” in JÄGER, Thomas; KÜMMEL, Gerhard (eds.) *Private Military and Security Companies: Chances, Problems, Pitfalls and Prospects*. Wiesbaden:VS Verlag, 2007, p.9.

Ortiz diverge da maioria dos doutrinadores ao defender a posição que as EMSPs não são uma evolução dos tradicionais grupos de mercenários da Antiguidade, Idade Média (companhias livres) ou da Itália Renascentista, para o autor a multinacionalidade e a ubiquidade entre o setor público e privado são características intrínsecas das EMSPs e só remonta às forças armadas das Companhias de Comércio. *“Private Military Companies tend to be contextualized as part of the evolution of mercenary practices. Historical links are established particularly with the 'free companies' of the Middle Ages and the condottieri of the Italian Renaissance. For example, Zarate (1998: 91) contends that the more permanent constitution of mercenary bands during late medieval Europe and the contractual relationships established between them and their employers (two aspects further refined with the emergence of the condottieri system) justify categorizing PMCs as a "recycled form of past mercenary organizations". However, the condottieri system (and the free companies) lacked a multinational business character that I argue is necessary to establish a link with PMCs.”* (p.20).

¹² KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006, p. 36.

¹³ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006, p. 41.

the area of tactics became standardised through a bureaucratic structure controlled by the monarch”¹⁴.

Não obstante, no século XVIII, duas revoluções influíram para o declínio das forças mercenárias. Uma ocasionou modificações de natureza estrutural, de sistematização e logística; a outra alterou principalmente a natureza psicológica da guerra, devido às ideias iluministas que estreitaram os laços entre os cidadãos e o Estado, a guerra tornou-se um direito da população e os mercenários foram relacionados às práticas absolutistas.

Isto posto, a Revolução Francesa, em 1789, marcou o início da era dos exércitos nacionais, bem como dos Estados constitucionais democráticos, em que a população estava disposta a lutar pela nação. A imagem do mercenário passou a ser vista negativamente, pois, remetia às monarquias absolutistas¹⁵. A guerra se tornou prerrogativa do povo, a partir do momento em que esse tomou o controle dos instrumentos necessários para instaurá-la. Guerras se tornaram guerras entre nações, lutadas pelos cidadãos dessas nações, em detrimento de guerras entre monarcas com exércitos privados¹⁶.

Em contrapartida, a Revolução Industrial inflexionou a forma de fazer a guerra, não só pela evolução armamentista, mas principalmente pela transformação dos meios de transportes da época. Aperfeiçoados pela utilização de combustíveis fósseis, os novos meios de transportes diminuíram as distâncias e as dificuldades dos terrenos. Navios a vapor e ferrovias possibilitaram o deslocamento de milhares de homens e dos meios de mantê-los abastecidos nos locais de batalha. *“As a result, countries started to count their soldiers by the million. No wonder then that the use of mercenary armies in war became irrelevant. States no longer needed the additional services of such groups of men, who in all probability would anyway be drawn into war as citizen soldiers*”¹⁷.

Somando-se a isso, a Revolução Industrial transformou a guerra em uma série de tarefas especializadas envolvendo centenas de milhares de homens e grandes quantidades

¹⁴ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006.

¹⁵ Cf. KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006, p. 43. Os primeiros Estados a instituírem suas próprias forças armadas foram os Estados Unidos da América e a França.

¹⁶ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006, p. 43: *Clausewitz himself, one of the great nineteenth century military strategists, recognised this transformation in the organisation of war when he ‘urged the replacement of cabinet wars by national wars, [...] saying in effect, Give the War to the People! The State is the People!’*

¹⁷ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006.

de equipamentos, exatamente como fez com as fábricas. Consequentemente, a industrialização da guerra se estendeu para além da maquinaria das armas e dos transportes e incluiu a função de organizar a guerra, capacidade esta que só poderia ser exercida pelo Estado, com seus recursos de força humana e de produção, deixando pouca ou nenhuma oportunidade para as forças mercenárias. Evidente que, ainda existiam indivíduos provenientes de forças armadas privadas, mas nada que ameaçasse o monopólio estatal de controle da força na ordem internacional¹⁸.

Bureaucracy organised men to fight more efficiently. Politics made war personal; nations by the start of the nineteenth century were being motivated to fight nations for reasons associated with national self-interest. Industrialisation increased the scale of war to an unprecedented level such that only nation states could raise the manpower to fight. This whole process was responsible for removing mercenary forces from state security from the middle of the nineteenth century to the end of the Cold War¹⁹.

Ademais, não se pode olvidar que, desde a segunda metade do século XVII, emergiu uma nova ordem internacional – consolidada pelos Tratados de Paz de Vestefália – edificada sob os princípios da soberania e da não-intervenção, que não coadunam com a concepção de forças armadas comercializadas e contratadas. O princípio da soberania induziu uma noção de neutralidade e responsabilidade internacional que impeliu os Estados modernos a proibirem que seus cidadãos se alistassem em forças armadas de outros Estados. O Estado passou a ser o detentor do monopólio da violência interno e internacional, em decorrência, os mercenários foram deslocados para a clandestinidade, o que perdurou até a segunda metade do século XX.

Durante as décadas de 1960 e 1970, o cenário internacional mudou, criando novas condições que encorajaram o retorno de forças privadas e o desenvolvimento de indústrias de segurança²⁰. A globalização criou um ambiente propício para o florescimento de

¹⁸ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006.

¹⁹ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006, p. 42.

²⁰ Cf. SCHREIER, Fred; CAPARINI, Marina. *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper, n.6. Genebra, 2005, p.32. A primeira EMP remonta a 1967, quando Sir David Stirling fundou a *Watch Guard International*, uma companhia que empregava antigos colaboradores da SAS Britânico para treinar militares atuando em outros continentes.

corporações privadas multinacionais, que passaram a atuar nos lugares mais perigosos do mundo e a ascensão do terrorismo internacional somou à demanda por segurança privada²¹.

Em verdade, como dito, os mercenários nunca foram realmente extintos, permaneceram atuando à margem nos conflitos. O retorno dos mercenários à visibilidade e aos holofotes internacionais ocorreu durante os conflitos de descolonização da África, em que mercenários suprimiram movimentos de libertação e desafiaram regimes estatais nascentes, chegando a atuar contra a ONU durante sua operação no Congo (1960-4)²².

A animosidade geral suscitada pela presença e pela própria existência dos mercenários levou os Estados a introduzirem no I Protocolo Adicional de Genebra, artigo 47, a definição de mercenário e a negar-lhes o direito ao *status* de combatente ou prisioneiro de guerra²³. No mesmo ano, a Organização da Unidade Africana (OUA) criminalizou o mercenarismo na África²⁴.

Diante disso, as recém-formadas empresas militares e ou de segurança privadas, que começaram a despontar no mercado internacional a partir do final da década de 70, procuraram se distanciar de operações clandestinas e da imagem deixada pelos mercenários que atuaram ilegitimamente na descolonização da África²⁵.

Posteriormente, uma série de acontecimentos fez dos anos 90 o ensejo adequado para o ressurgimento contundente da força armada privada como elemento imprescindível nos conflitos internos e internacionais. Entre os fatores desencadeadores dessa irrupção estão: o fim da Guerra Fria; o processo generalizado de privatização, que incluiu o setor de segurança; e a mudança estrutural dos conflitos, das táticas de guerra e do uso da violência.

O fim da Guerra Fria e o conseqüente esfacelamento da União Soviética geraram uma desmilitarização que proporcionou um excedente de armas e de militares qualificados,

²¹ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006, p. 50. De acordo com este autor: “*The rise of international terrorism during the same period also created opportunities for private military security. Such terrorist groups included: the Angry Brigade in Britain, The IRA in Ireland, the Red Army Faction in Germany, Action Direct in France, the Red Brigade in Italy, ETA in Spain, the Red Army in Japan, the Tupamaros in Uruguay, the Grey Wolves in Turkey, the Tamils in Sri Lanka and the various Palestinian factions scattered around the Middle East*”.

²² TONKIN, Hannah. *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 12.

²³ Convenção de Genebra. I Protocolo Adicional às Convenções de Genebra. 1977. Art.47. A consequência que isso causa para um combatente que é classificado como mercenário é que fica privado da condição de combatente e, portanto, de prisioneiro de guerra uma vez que esteja em poder do inimigo; logo, pode ser julgado e condenado por atos bélicos que tenha realizado.

²⁴ OUA OUA Convention for the Elimination of Mercenarism in Africa, 1977.

²⁵ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006, p. 51.

que foram absorvidos pelas empresas privadas. Além de ter ocasionado um enfraquecimento da defesa dos Estados que eram destinatários de apoio militar, o que, em alguns casos, ocasionou na emergência de grupos rebeldes e revolucionários, deixando a esses Estados, como alternativa, a contratação de uma segurança privada.

In the former Soviet Union, the demobilization of hundreds of thousands of soldiers led to tens of thousands of them joining increasingly active private security firms, often involved in questionable dealings with the various elements of both organized crime and the security services of the former Soviet Union. Private 'security' companies (PSCs) have proliferated in Russia in particular since 1990, with – by 1999 – well over 12,000 registered formally with Russian government²⁶.

Houve, concomitantemente, uma notável desmobilização de exércitos profissionais nacionais a partir do final dos anos oitenta, o *Bonn International Centre for Conversion* contabiliza em mais de seis milhões a redução do contingente dos exércitos do mundo entre 1987 e 1996, o que levou muitos antigos soldados a buscarem fortuna no mercado promissor das EMSP²⁷. Peter Singer relata que “*complete units were cashiered, and many of the most elite units (such as the South African 32d Reconnaissance Battalion and the Soviet Alpha special forces unit) simply kept their structure and formed their own private companies. Line soldiers were not the only ones left jobless; it is estimated that 70 percent of the former KGB joined the industry's ranks*”²⁸.

Instigada pelo colapso dos sistemas centralizados na União Soviética e no leste europeu, e por sucessos em Estados como o Reino Unido de Thatcher²⁹, a privatização foi difundida como um testamento da superioridade do mercado sobre o Estado. Como resultado, a privatização se espalhou por setores que eram antes considerados de domínio exclusivo estatal, dessa forma, provedores de serviços militares movidos pelo lucro se

²⁶ O'Brien, Kevin A. “What Should and what should not be regulated?” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p. 32.

²⁷ SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015, p.56.

²⁸ SINGER, Peter W. *Corporate Warriors: The Rise of Privatized Military Industry*. New York: Cornell University Press, 2003.

²⁹ A política implementada pela primeira-ministra Margaret Thatcher, entre 1979 e 1990, de livre mercado e redução estatal, que ficou conhecida como *Thatcherite Britain*.

tornaram a solução viável e propícia tanto para instituições públicas quanto para organizações privadas³⁰.

De acordo com Caterine Segura: *“ideológicamente, el debate puede ser interpretado como el retroceso del pensamiento republicano frente al avance del pensamiento neoliberal. La defensa republicana del monopolio estatal de la violencia colectiva y de la responsabilidad estatal en la estabilidad global se ha visto progresivamente desplazadas por las propuestas neoliberales de retirada del Estado de la provisión de servicios esenciales y de defensa del mercado con el mecanismo ideal para satisfacer las necesidades de los ciudadanos incluida la seguridad”*³¹.

A privatização das funções militares reflete o entusiasmo generalizado de terceirizar as capacidades estatais no mundo industrializado, mas, além disso, se revela como consequência da relutância de alguns Estados em intervir em conflitos que não são de interesse estratégico imediato ou onde falta suporte doméstico para uma intervenção. Uma vez que, atores não-estatais, como empresas transnacionais e organizações humanitárias que operam em Estados falhados, se tornaram alvos constantes de violência não-estatal e reduzidas à opção de contratar empresas privadas³².

Soma-se a isso, a nova conjuntura dos conflitos contemporâneos, que marcam uma redução dos conflitos interestatais e o predomínio dos conflitos armados intraestatais, são as chamadas “novas guerras”³³, marcadas por uma violência deflagrada e pelo desrespeito às normas humanitárias³⁴. Para enfrentar esse novo panorama e responder às

³⁰ SINGER, Peter W. *Corporate Warriors: The Rise of Privatized Military Industry*. New York: Cornell University Press, 2003.

³¹ SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015, p.50.

³² CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010. p.1.

³³ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006, p. 51. *“This type of war is very different to the type of war conducted between European states in the first half of the last century. Then, war was fought between states over the rights of a particular piece of territory. New wars are motivated by very different reasons. The goals of new wars are about identity politics in contrast to the geo-political or ideological goals of earlier wars. What is meant by identity politics is a group’s claim to power over another group on the basis of its identity.”*

³⁴ Cf. SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015, p.55. *El discurso de las nuevas guerras denuncia las violaciones masivas de derechos humanos, las actividades criminales y los aspectos de violencia descontrolada que ciertamente se producen en los conflictos contemporâneos al tiempo que los caracteriza como acciones ‘inhumanas’, ‘irracionales’ o ‘degeneradas’ y los circunscribe a determinadas zonas periféricas. Así descrita, la conflictividad armada contemporânea es interpretada como un fenómeno epidémico que convierte en patológicas a las sociedades afectadas que pasan a ser*

consequentes crises, os Estados passaram a cooperar com diferentes atores, estabelecendo uma rede complexa de estratégias que envolvem agentes estatais e não-estatais, desde o setor interno ao supranacional³⁵³⁶.

La naturaleza de las nuevas misiones de los ejércitos, menos ligadas a la defensa nacional y más al ejercicio de funciones de seguridad en conflictos internacionales ajenos a los intereses nacionales stricto sensu (operaciones de mantenimiento de la paz y similares). Este tipo de misiones son muy costosas en términos políticos cuando empieza a haber bajas de tropa de la nacionalidad del Estado que las envía, mientras que apenas tienen repercusiones entre la opinión pública si los heridos o fallecidos pertenecen a compañías privadas de seguridad³⁷.

Ademais, a revolução tecnológica no âmbito militar e de defesa ocasionou numa maior dependência das operações militares em especialistas civis para gerir e operar os sofisticados sistemas militares. A alta tecnologia tem transformado o modo de fazer a guerra. As estratégias, em muitos casos, estão sendo executadas por um pequeno número de indivíduos que não precisam estar em contato direto com o terreno e as hostilidades. Portanto, hodiernamente, há uma demanda crescente por conhecimento especializado que frequentemente é encontrada no setor privado³⁸.

Por conseguinte, a presença das EMSPs se tornou imprescindível, pois, para conter um conflito é necessário que empresas, assistência humanitária, ONGs, organizações internacionais e nacionais atuem em áreas de risco, o que só se faz possível com a contratação de empresas especializadas em segurança.

As empresas multinacionais e organizações não governamentais foram obrigadas a recorrer às EMSPs para garantir a continuidade de suas atividades, proteger seus empregados e salvaguardar seus bens. Os responsáveis políticos de alguns Estados

consideradas enfermas, deficientes o anormais respecto a la normalidad identificada con la racionalidad y la democracia (occidentales).

³⁵ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006, p. 52.

³⁶ Soma-se a isso, a percepção dos governantes e cidadãos de Estados com mais recursos para intervir e para proteger tanto as populações locais quanto as empresas multinacionais e as organizações não governamentais em zonas de conflito. (responsabilidade de proteger).

³⁷ ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto Iraquí” in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013, p.350.

³⁸ SINGER, Peter W. *Corporate Warriors: The Rise of Privatized Military Industry*. New York: Cornell University Press, 2003.

falhados³⁹ têm recorrido às EMSPs para desenvolver funções estatais não como resultado de uma estratégia de privatização, mas sim pela falta de exército próprio⁴⁰.

Não obstante, há quem defenda que o retorno à privatização da violência contraria a própria essência e identidade do Estado. De acordo com Max Weber, uma das características constituintes do Estado é o monopólio da violência, isto é, somente o Estado possui o poder e o direito legítimo à violência, toda violência privada é ilícita⁴¹.

A ONU promoveu a Convenção contra o Recrutamento, Uso, Financiamento e Treinamento de Mercenários, em vigor desde 2001, que essencialmente criminaliza atos relacionados com o mercenarismo⁴². Existe uma corrente, que defende o fim de atores privados militares, que é particularmente forte dentro da Organização das Nações Unidas:

The General Assembly has adopted over one hundred resolutions making specific reference to mercenaries and indeed, has repeated a strongly-worded resolution that call mercenaries criminals annually since the mid-1970s. General Assembly radicalism, of course, partially results from a vocal majority of states that have had experience with mercenaries (the African states) or states that use term 'mercenary' to describe and condemn unwanted foreign actions in order to galvanize international opinion against a particular situation (Colombia, Nicaragua, and Cuba)⁴³.

Portanto, não foi uma surpresa, quando as EMSP surgiram no cenário internacional na década de 90, foram tratadas como mercenários independentemente se as ações das EMSPs eram potencialmente boas. Tanto que o mesmo grupo designado para tratar dos mercenários dentro das Nações Unidas, *UN Working Group on Mercenaries*, também o foi para tratar das indústrias militares privadas⁴⁴. Diante disso, um comunicado

³⁹ O conceito de Estado falhado é amplamente discutido no seio doutrinário, não se pretende, aqui, aprofundar essa discussão, portanto, para fins desse trabalho, Estado falhado é aquele que não consegue manter a funcionalidade e eficiência de suas instituições, não possui o controle efetivo do seu território e não é capaz de garantir a segurança da população. Sobre isso, vide: FUKUYAMA, Francis. *Construção de Estados: Governo e Organização no Século XXI*. Trad. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

⁴⁰ SEGURA, Caterina García. "Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados" in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015, p.50.

⁴¹ WEBER, Max. *Theory of Social and Economic Organization*. New York: Free Press, 1964, p. 154.

⁴² UNITED NATIONS. *International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries*, 1989.

⁴³ PERCY, Sarah. "Morality and Regulation" in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.24. Não obstante, é importante ressaltar que existem outras correntes favoráveis às empresas de segurança privada, inclusive, a própria ONU já utilizou dessas forças privadas.

⁴⁴ PERCY, Sarah. "Morality and Regulation" in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.25-26.

das EMSPs foi apenso no relatório do Relator Especial da ONU, em 2005⁴⁵: “[I]n light of the fact that PMCs are frequently employed by UN member states and the UN own [sic] entities, we strongly recommend that the UN re-examine the relevance of the term “mercenary”. This derogatory term is completely unacceptable and is too often used to describe fully and legal and legitimate companies engaged in vital support operations for humanitarian peace and stability operations”.

A despeito disso, as últimas duas décadas têm sido testemunhas da intensificação desta tendência em um contexto internacional marcado pela globalização de cunho neoliberal que chegou a questionar sutilmente a perda do monopólio estatal da violência, sem fazê-lo explicitamente, mas sim apresentando as EMSPs como uma faceta a mais da dinâmica privatizadora⁴⁶.

Nesse sentido, Deborah Avant sobreleva que os fatores impulsionadores e fomentadores do desenvolvimento das EMSPs, ocorridos no fim da Guerra Fria, se esvaneceram no decorrer das últimas décadas, contudo, a demanda por conhecimentos e capacidades militares e de segurança provenientes do mercado privado continua a se intensificar. A demanda é liderada pelos EUA, em razão de sua política da guerra ao terror, “*Global War on Terror*”, que criou um ímpeto de gastos, uma premência de aptidões militares e sobrecarregou exacerbadamente as forças existentes, promovendo a necessidade pelas EMSPs. Posto que, os EUA é visto como líder em inovação militar, outros Estados ocidentais têm progressivamente encarado a privatização dos serviços militares e de segurança como “*the wave of the future*”. Concomitantemente, a demanda dos Estados

⁴⁵ American Equipment Company (AMECO); Blackwater USA; Demining Enterprises International; Earth Wind Holding Corporation (Groupe EHC); Hart; International Charters Incorporated (ICI) of Oregon; International Peace Operations Association (IPOA); J-3 Global Solutions; Medical Support Solutions (MSS); MPRI; Pacific Architects and Engineers (PAE); Security Support Solutions (3S); Special Operations Consulting-Security Management Group (SOC-SMG); Triple Canopy; and AEGIS signed the statement. See UN Doc A/60/263, 17 August 2005, p.21.

⁴⁶ SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015, p.54. Cf. FERNÁNDEZ, César Arienza. “Privatización y Transnacionalización de la Defensa. Los Nuevos Ejércitos Mercenarios” in Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (Monografías del CESEDEN). *Las Nuevas Guerras y la Polemología*. Madrid: Imprenta Ministerio de Defensa, 2009, p.121. “A finales de los años noventa, el número de CMPs (compañías militares privadas) creció espectacularmente: el Consorcio Internacional de ICIJ (Investigación Periodística) contabilizó 90, sin distinguir claramente entre las compañías de seguridad privadas y las CMPs. Según un artículo de Infoguerra publicado el 11 de junio de 2003, se calculaba que durante la primera guerra do Golfo, en el año 1991, la proporción era de un actor privado por cada 100 soldados; mientras que en el año de 2003 pasó a ser de uno a cada 10 soldados. En la fase actual del despliegue en Irak, eses actores privados representan la segunda fuerza de ocupación, es decir, el equivalente al 20% de las fuerzas estadounidenses.”

falhados ou em transição continua a crescer, bem como, a demanda dos atores não-estatais, como as empresas privadas e ONGs que atuam em lugares institucionalmente enfraquecidos, na medida em que, tem se tornado cada vez mais comum para essas organizações reconhecer a segurança como um fator crucial para alcançar seus objetivos⁴⁷.

Em síntese, o presente tópico demonstrou que a violência privada perdurou por séculos e dominou o cenário das guerras, entretanto, mudanças sociais ocorridas ao longo da história levaram a uma inversão de paradigma; de protagonistas os mercenários passaram a atores ilegítimos que atuavam na clandestinidade dos conflitos e à margem das legislações, o que contribuiu para acentuar o sentimento de animosidade da população em geral e, conseqüentemente, dos sistemas jurídicos.

Não obstante, uma nova reviravolta social, o fim da Guerra Fria reintroduziu as forças armadas privadas nos conflitos, dessa vez, sob a forma de empresas privadas, corporações organizadas e legitimamente registradas. Apesar da primeira reação social ter sido negativa em relação ao retorno de forças armadas privadas, a atual conjuntura tornou a existência dessas empresas imprescindível aos Estados, o vertiginoso desenvolvimento tecnológico inovou e inova de tal forma o setor militar e de segurança que os Estados necessitam coexistir com o setor privado para se manterem eficientes e garantirem sua própria defesa, deparando-se com uma inevitável privatização do setor da segurança.

Como toda empresa privada regida pela lei do mercado, as EMSPs responderam a alta demanda gerada pelos Estados, por multinacionais e pelas organizações internacionais com um crescimento acelerado e uma ampliação de poder e atuação. Entretanto, não se pode olvidar que essa expansão resulta no enfraquecimento do monopólio coletivo da violência, elemento quase que denominador do Estado, gerando impactos sociais e graves conseqüências jurídicas, uma vez que esse crescimento não foi acompanhado por uma evolução legislativa sobre a matéria.

1.2. Conceito e Tipologia das EMSPS

But if thought corrupts language, language can also corrupt thought.

(George Orwell, 1949)

⁴⁷ AVANT, Deborah. The Emerging Market and Problems of Regulation in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies.* Oxford University Press: New York, 2010, p.184.

Até o momento fez-se uma explanação da origem à evolução das empresas militares privadas, todavia, é necessário determinar seu conceito, os tipos de empresas e como atuam, para ser possível fazer uma análise de sua legalidade e das consequências jurídicas que a atuação dessas empresas pode acarretar aos Estados.

Em relação à nomenclatura, as empresas são geralmente denominadas como EMP (empresas militares privadas) ou ESP (empresas de segurança privadas). Mas não existe um consenso sobre o que constitui uma ou outra, motivo pelo qual este trabalho optou por referi-las como EMSP (empresas militares e/ou de segurança privadas), por motivos de conveniência e por não existir, entre essas, uma linha divisória clara na doutrina e na prática.

Apesar das EMSPs possuírem sua gênese associada aos mercenários tradicionais e, não obstante, ainda serem constantemente relacionados, uma vez que ambos oferecem serviços militares com fins lucrativos, atualmente, essas duas categorias de forças armadas privadas se distanciaram e possuem conceitos distintos.

A Report by the Centre of Defense Information (CDI) in the United States indicates that the modern military companies have little in common with earlier mercenaries. According to Vice-Admiral Jack Shanahan, Director of CDI, it may be that 'Rather than being ragtag bands of adventurers, paramilitary forces of individuals recruited clandestinely by governments to work in specific covert operations, the modern mercenary firm is increasingly corporate'. These companies, 'private security' or 'military advisory firms', market military battlefield skills, which either help improve a client's military forces or are used as a substitute for regular military forces⁴⁸.

O mercenário pode ser definido como um combatente individual que luta por um Estado diverso do seu, ou por uma entidade não-estatal com a qual não possui ligação direta, em troca de uma vantagem financeira⁴⁹. Os mercenários tradicionais continuam atuando na África e em outras partes do mundo, integrando milícias privadas e grupos paramilitares, à margem da lei⁵⁰. Contudo, o Grupo de Trabalho da ONU sobre

⁴⁸ DETTER, Ingrid. *The Law of War*. 3ed. England: Ashgate Publishing Limited, 2013, p.152-153.

⁴⁹ PERCY, Sarah. "Morality and Regulation" in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.12.

⁵⁰ Mercenários tradicionais continuam a existir atuando em muitos conflitos pelo mundo. Kevin O'Brien cita a "Legião Branca", milícia mercenária sérvia, também composta por mercenários da Angola, Marrocos, Moçambique, África do Sul, Bélgica, França e Reino Unido, que foi formada e treinada em 1997 para lutar pelo então presidente do Congo Mobutu Sese Seko, onde foi derrotada, mas seguiu lutando em outros lugares, distinguindo-se da atuação das empresas militares privadas. O'Brien, Kevin A. "What Should and what should not be regulated?" in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to*

Mercenários (UNWG⁵¹), doravante denominado Grupo de Trabalho ou UNWG, constatou em seus informes que as novas modalidades do uso da força pelas empresas militares privadas têm substituído quase por completo a utilização de mercenários individuais tradicionais⁵².

De acordo com O'Brien, mais do que razões financeiras, o fracasso na reinserção social ou na aplicação de programas de treinamento e acompanhamento de ex-combatentes tem provocado o retorno desses à vida de guerrilheiro, uma vez que, não encontram perspectiva ou possibilidades de outro estilo de vida na sociedade civil⁵³. O conceito de mercenário foi estabelecido internacionalmente, em 1977, pelo I Protocolo Adicional de Genebra, art.47:

1. Os mercenários não terão direito ao estatuto de combatente ou de prisioneiro de guerra.
2. Entende-se por mercenário toda pessoa:
 - a) que tenha sido especialmente recrutada, no local ou no estrangeiro, a fim de combater em um conflito armado;
 - b) que, de fato, tome parte direta nas hostilidades;
 - c) que tome parte nas hostilidades motivada essencialmente pelo desejo de obter um ganho pessoal, e de fato lhe tenha sido efetivamente feita a promessa, por uma Parte em conflito ou em nome dela, de uma retribuição material consideravelmente superior à prometida ou paga aos combatentes do mesmo ponto e funções semelhantes nas Forças Armadas dessa Parte;
 - d) que não seja nacional de uma Parte em conflito nem residente em um território controlado por uma Parte em conflito;
 - e) que não seja membro das Forças Armadas de uma Parte em conflito; e
 - f) que não tenha sido enviada em missão oficial como membro de suas Forças Armadas por um Estado que não é Parte em conflito⁵⁴.

Market: The rise and regulations of private military companies. Oxford University Press: New York, 2010, p.35-36.

⁵¹ Sigla em inglês, significa United Nations Working Group.

⁵² Cf. ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí” in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013, p.355. Informe citado no documento A/HRC/7/7, de 09 de janeiro de 2008, para.25. O autor sobreleva que neste sentido, deve-se considerar excepcional o caso da Líbia de Gadafi, acusado em fevereiro de 2011 de dispor de um exército de autênticos mercenários, em sentido clássico, que utilizou contra os grupos de oposição.

⁵³ Cf. CAPARINI, Marina. “Domestic Regulation: Licensing regimes for the export of military goods and services” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies.* Oxford University Press: New York, 2010, p. 168. De acordo com um estudo, na África do Sul, dois terços de ex-combatentes da libertação (veteranos da African National Congress’armed wing Umkhonto we Sizwe e o Azanian People’s Liberation Army) estão desempregados e não possuem moradia.

⁵⁴ Protocolo Adicional (I) às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à proteção de vítimas de conflitos armados internacionais, 8 de junho de 1977, art.47.

Fato é que todos esses requisitos cumulativos têm se revelado claramente inadequados para refletir a terceirização dos serviços de segurança em contextos de conflitos armados. De acordo com Joana Abrisketa, reunir todas estas condições tem se mostrado tão complexo que, paradoxalmente, facilitou o trabalho das empresas de segurança militar e privada, que tem conseguido não ser objeto de perseguição e permanecer em uma espécie de limbo jurídico. Ademais, os tratados internacionais centram a definição na ideia de que o indivíduo tenha sido especialmente recrutado para atuar em um determinado conflito armado. Não obstante, as companhias de segurança privada recrutam empregados para largos períodos ou baseados em contratos não vinculados a um conflito em especial⁵⁵. Além disso, as EMSPs são empresas devidamente registradas, atuam publicamente, são contratadas por multinacionais, ONGs, organizações internacionais humanitárias e de direitos humanos, pela ONU e pelos Estados.

Portanto, um dos conceitos genéricos que se pode estabelecer sobre as EMSPs é que são entidades corporativas, com intuito lucrativo e legalmente estabelecidas; proporcionam, de forma aberta e mediante contrato, serviços ligados, direta ou indiretamente, ao uso da força armada a um número amplo de clientes; operam em áreas de conflito armado ou instáveis, nos quais a ação do governo responsável não está garantida ou é inexistente⁵⁶.

De acordo com o Grupo de Trabalho sobre os mercenários, as EMSPs são empresas privadas que prestam todo tipo de assistência de segurança, treinamento, abastecimento e assessoria, incluindo o apoio logístico não armado, os guardas de segurança armados e os que participam em atividades militares defensivas ou ofensivas⁵⁷.

Não obstante, esse é um conceito amplo, que para fins acadêmicos e jurídicos torna árdua a tarefa de determinar a legalidade e as consequências jurídicas da atuação

⁵⁵ ABRISKETA, Joana. *Blackwater: Los Mercenarios y el Derecho Internacional*. Madrid: FRIDE, septiembre 2007, p.8.

⁵⁶ IGLESIAS, Mario A. Laborie. “La Controvertida Contribución de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP) a la Resolución de Conflictos” in MINISTERIO DE DEFENSA. *Los Actores No Estatales Y La Seguridad Internacional: Su Papel En La Resolución de Conflictos Y Crisis*. Instituto Español de Estudios Estratégicos Centro Nacional de Inteligencia. Madrid: Imprenta Del Ministerio de Defensa, 2010, p. 85.

⁵⁷ Relatório do Grupo de trabalhos sobre mercenários no documento A/HCR/4/42, de 7 de fevereiro de 2007, parágrafo 3. Cf. PERCY, Sarah. “Morality and Regulation” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.26. “*The Working Group is interested in private force because of what it is; by its nature, private force upsets conventional understandings of the monopoly on force. The notion that the state has (and ought to have) not only monopoly on the use of force but also must protect its citizen is related to the objections about tyranny*”.

dessas empresas, pois, apesar do consenso doutrinário sobre a licitude formal e o fator empresarial que as diferencia dos mercenários, a atividade desempenhada – o uso da força no cenário internacional – suscita debates e questionamentos que devem ser aprofundados e seriamente considerados pelos Estados, uma vez que a terceirização da segurança é assunto de interesse público e deveria ser outorgada democraticamente.

A maior dificuldade em estabelecer um conceito decorre da variedade de serviços prestados por uma mesma empresa e da volatilidade das situações no terreno. Diante disso, muitos autores argumentam que é mais sensato classificar as atividades exercidas pelas empresas do que as empresas em si.

Contudo, conforme exposto por Caterina Segura, se pode discriminar certos traços congêneres dessas empresas: resta incontroverso que se movem por interesses econômicos e não ideológicos ou políticos; sua influência e relevância não decorrem do capital, mas sim da detenção de um conhecimento especializado; se sustentam sobre uma estrutura organizativa de tamanho reduzido para diminuir os gastos; gozam de um elevado índice de mobilidade e desenvolvem suas atividades através de uma força de trabalho flexível a que recorrem em função de seus contratos e necessidades⁵⁸. Ademais, possuem um cunho transnacional, com a sede administrativa em um ou mais Estados e a execução de seus serviços em territórios estrangeiros.

Para a corrente doutrinária que difere as empresas militares das de segurança, as primeiras são definidas como empresas especializadas em fornecer treinamento militar, instruções e programas de simulação, suporte logístico das operações militares, capacidades operacionais, consultoria das forças especiais, comando e controle, comunicações e inteligência, além de equipamento militar e, até mesmo, forças de combate que atuam diretamente no terreno⁵⁹. Singer emprega o termo *firmas militares privadas* (*private military firms – PMFs*) e as define como fornecedoras empresariais de serviços profissionais intrinsecamente ligados à guerra⁶⁰.

⁵⁸ SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015, p.57.

⁵⁹ SCHREIER, Fred; CAPARINI, Marina. *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper, n.6. Genebra, 2005, p.31.

⁶⁰ SINGER, Peter W. *The Private Military Industry and Iraq: What Have We Learned and Where To Next?*, DCAF Policy Paper, November 2004, p. 2.

O propósito essencial da EMP é potencializar a capacidade das forças militares do cliente, para alcançar um melhor resultado na guerra ou estancar o conflito mais efetivamente⁶¹. Tendo, portanto, influenciado consideravelmente o resultado de muitos conflitos, *e.g. Executive Outcomes, Sandline International e MPRI* são muito conhecidas devido a seus envolvimento determinantes em conflitos na Angola, Serra Leoa e Croácia⁶². Concomitantemente, não se deve olvidar que, as EMPs propiciam a clientes não-estatais o acesso a todo o leque de capacidades, habilidades e atividades militares que eram antes monopolizadas pelo Estado⁶³.

Algumas EMPs modernas são verdadeiras companhias militares, com postos militares, equipes, doutrina, treinamentos de formação, espírito de unidade, coesão e disciplina. Mas, em sua maioria, a indústria militar privada é dominada por pequenas empresas com nomes que informam o mínimo possível sobre as atividades desempenhadas pela empresa. Muitas operam como empresas virtuais que não mantêm contingente fixo, mas possuem uma base de dados de pessoas qualificadas e subcontratantes especializadas, em um sistema de terceirização⁶⁴.

⁶¹ Cf. SCHREIER, Fred; CAPARINI, Marina. *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper, n.6. Genebra, 2005, p.32. *PMCs regularly work for governments. States that have contracted for PMC services include: militarily highly capable nations like the US and the UK who have become prime clients of the industry; some European powers greatly dependent on PMCs for the deployments of peacekeeping contingents as publics have not been willing to support needed investments in military air transport and support; Latin American countries for the fight against drug cartels; Southeast Asian nations for the fight against terrorism; and a number of failing and failed states that lack capable forces to reestablish internal security and public order. In a number of cases PMCs are hired by multinational corporations or NGOs in the aid and disaster relief business in insecure environments. PMCs might even have a role in enabling the UN to respond more rapidly and more effectively in crises. And the cost of employing PMCs for certain functions in UN operations could be lower than that of the equivalent deployment of national armed forces.*

⁶² Cf. ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí” in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013, p.350. Laguna Sanquirico *apud* Jaume Estapà, “la compañía norteamericana *Military Professional Resources Inc. (MPRI)* contribuyó a la reorganización del ejército croata que en poco más de un año dio la sorpresa de llevar a cabo con éxito una reacción contra las fuerzas serbocroatas de las Krajinas”. Estapà acrescenta, “en Serra Leona (1995), la empresa sudafricana *Executive Outcomes* logró en pocos meses que las fuerzas rebeldes del Frente Revolucionario Unido, que tenían cercada la capital, se replugaran cien kilómetros al interior”.

⁶³ SCHREIER, Fred; CAPARINI, Marina. *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper, n.6. Genebra, 2005, p.32.

⁶⁴ SCHREIER, Fred; CAPARINI, Marina. *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper, n.6. Genebra, 2005, p.33.

A maioria das EMPs ocidentais opera como corporações registradas e possuem uma estrutura administrativa, são autorreguladas e seletivas, procuram preservar uma reputação objetivando uma participação a longo termo no mercado, fornecendo uma operacionalidade legitimada. Alegam que não forneceria serviços para o crime organizado, cartéis de droga, terroristas, traficantes de armas e regimes conhecidos como flagrantes violadores de direitos humanos. Nos Estados Unidos, as EMPs formaram um grupo comercial, “*International Stability Operations Association*” (ISOA) e declaram que proporcionam serviços militares sob uma cadeia de comando estruturada com procedimentos disciplinares que condizem com as leis e os costumes da guerra⁶⁵.

Ademais, EMPs que empregam colaboradores no terreno e se dispõem a participar ativa e diretamente nos combates ou fornecer apoio no conflito são cada vez mais raras, os serviços mais comuns e difundidos são os de consultoria, treinamento, suporte logístico e abastecimento, inteligência, reconhecimento e monitoramento ou desminagem⁶⁶.

Em contrapartida, as ESPs são empresas especializadas em fornecer serviços de segurança e proteção a pessoas ou propriedades industriais, humanitárias ou governamentais, são direcionadas à prevenção dos crimes e em garantir a ordem pública⁶⁷.

Há muito que as ESPs se disseminaram no mercado interno, atuando domesticamente em todas as esferas, desde segurança e vigilância residenciais a segurança de presídios, bancos, embaixadas e hospitais⁶⁸. De acordo com dados disponibilizados pela Confederação de Serviços de Segurança da Europa, atualmente – somente entre os seus 25 Estados membros, entre os quais dezenove são Estados-membros da União Europeia –,

⁶⁵ SCHREIER, Fred; CAPARINI, Marina. *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper, n.6. Genebra, 2005, 38. Sobre a ISOA se falará no terceiro capítulo deste trabalho.

⁶⁶ SCHREIER, Fred; CAPARINI, Marina. *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper, n.6. Genebra, 2005.

⁶⁷ Cf. SCHREIER, Fred; CAPARINI, Marina. *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper, n.6. Genebra, 2005, p.39. Em Estados como EUA, Reino Unido, Israel, Alemanha, Rússia, África do Sul e Filipinas o número e orçamentos de ESPs domésticas excedem os dos órgãos públicos de polícia.(...) *In Russia today, more than 12,000 private security enterprises or security services companies are registered, employing more than 120,000 personnel, mainly recruited from the former KGB, some from the GRU and the former Soviet Army. 91 The majority of these are said to be associated with the Russian mafia.*

⁶⁸ De acordo com estudos realizados em 2013 pela Confederação de Serviços de Segurança da Europa, cerca de 79.5% dos contratos comerciais das ESPs são realizados com o setor privado (clientes privados) e 19.6% com o setor público. Cf. CoESS Facts and Figures 2013. Private Security services in Europe.

existem 45.000 empresas de segurança privada em atividade, com mais de 2 milhões de empregados e um faturamento anual de mais de 40 bilhões de euros⁶⁹.

As ESPs se difundiram rapidamente no exterior, fornecendo segurança a corporações multinacionais e suas infraestruturas (especialmente as de mineração, produção de energia e transporte), propriedades e agentes de governos, embaixadas, instituições da ONU, outras organizações internacionais, ONGs, delegações estrangeiras, entregas de assistência humanitária e abastecimento, comboios militares ou humanitários e, até mesmo, representantes do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV). Ademais, as ESPs internacionais fornecem treinamento, consultoria, inteligência e segurança pessoal para oficiais de alta patente⁷⁰.

Diante disso, percebe-se que as atividades desempenhadas pelas EMPs e pelas ESPs internacionalmente são muitas vezes sobrepostas, uma vez que, ambas fornecem segurança e proteção. Para mais, apesar da segurança em áreas hostis e zonas de conflitos ser tipicamente uma missão militar, existem cada vez mais ESPs atuando em situações de conflito⁷¹.

Portanto, suas dessemelhanças são difusas, principalmente, quando a mesma empresa executa múltiplas funções e oferece segurança e apoio militar. Além disso, muitas empresas que atuam exclusivamente com forças armadas preferem se autodenominarem empresas de segurança por ser menos controverso e para evitarem atenção da mídia ou interesse público⁷².

Outra classificação, sugerida por alguns autores, é a que caracteriza as EMPs como prestadoras de serviços militares ofensivos ou ativas, e as ESPs, como prestadoras de serviços defensivos ou passivas. Não obstante, tampouco existe uma linha clara entre o

⁶⁹ CoESS Facts and Figures 2013. Private Security services in Europe.

⁷⁰ SCHREIER, Fred; CAPARINI, Marina. *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper, n.6. Genebra, 2005, p.42.

Cf. Integrated Report and Accounts 2016. *Group4Securicor* é uma empresa de segurança privada britânica, que lidera o mercado mundial das ESPs, atua em mais de 100 Estados, possui mais de 590 mil empregados e, em 2016, teve um faturamento de 7,59 bilhões de libras.

⁷¹ SCHREIER, Fred; CAPARINI, Marina. *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper, n.6. Genebra, 2005, p.4

⁷² SCHREIER, Fred; CAPARINI, Marina. *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper, n.6. Genebra, 2005, p.43.

ofensivo e o defensivo, e um grande número de empresas presta serviços de um e outro tipo em uma mesma conjuntura⁷³.

Sarah Percy discerne essas empresas como EMP de combate ou EMP não combatente, as primeiras são empresas organizadas, com uma estrutura claramente corporativa, que fornece serviços militares, incluindo combate ofensivo, em troca de pagamento, por Estados ou outros atores. As segundas são similarmente organizadas, mas oferecem serviços para encurtar o conflito, como disponibilização de intérpretes, proteção pessoal, condução de interrogatórios, logística, treinamento e serviços de segurança. Essas reivindicam o uso da força somente como legítima defesa, entretanto, a maioria dos serviços é desempenhada em um contexto militar, e a linha entre a legítima defesa e o combate pode ser turva⁷⁴.

A classificação mais conhecida e aceita pelos doutrinadores internacionalistas é a proposta por Singer, em que o próprio autor denomina como “ponta da lança” (*tipo of the spear*), esta tipologia se fundamenta na variedade de serviços e no nível de força utilizado pelas empresas, considerando a proximidade com a linha de frente do conflito em que atuam. O autor abandona a divisão binária (EMP x ESP) e divide as EMSPs em três grupos, as firmas (Singer utiliza a expressão firma em substituição à empresa) provedoras de serviços militares, as firmas militares de consultoria e as firmas militares de apoio⁷⁵.

Empresas provedoras de serviços militares são as que atuam mais próximas da linha de frente, dirigindo e executando operações de combate e intervindo diretamente no terreno, são consideradas “forças multiplicadoras”, com os seus empregados distribuídos entre o contingente do cliente para exercer liderança e experiência⁷⁶. Empresas militares de consultoria geralmente não participam diretamente do conflito, mas sim, executando atividades de treinamento, instrução e assistência. Oferecem análise estratégica, operacional e organizacional essenciais para o funcionamento e a reestruturação de forças armadas⁷⁷. Empresas militares de apoio⁷⁸ se encontram mais distantes da “ponta da lança”,

⁷³ HOLMQVIST, Caroline. *Private Security Companies: The Case for Regulation*. SIPRI Policy Paper, No.9, January, Stockholm: Stockholm International Peace Research Institute, 2005.

⁷⁴ PERCY, Sarah. “Morality and Regulation” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.12-13.

⁷⁵ SINGER, Peter W. *Corporate Warriors: The Rise of Privatized Military Industry*. New York: Cornell University Press, 2003.

⁷⁶ E.g. *Executive Outcome, Sandline*.

⁷⁷ E.g. *MPRI, Vinnell Arabia*.

⁷⁸ E.g. *Kellog Brown & Root, Ronco*.

suas atividades não estão diretamente relacionadas ao uso da força, se limitam a prestar serviços assistenciais de transporte, abastecimento, alojamento, entre outros⁷⁹.

No mesmo sentido, Peter Ulrich propõe uma classificação similar, porém acrescentando uma subdivisão do primeiro tipo proposto por Singer, firmas provedoras de serviços militares, separando-as em empresas privadas de combate, que participam diretamente das hostilidades fazendo uso da força e empresas de segurança privadas, que só oferecem serviços de proteção militar a edifícios ou pessoas em contextos de hostilidade armada⁸⁰.

Todavia, na prática, nem mesmo esse conceito tem se revelado profícuo, pois, as empresas híbridas, aquelas que oferecem todos os tipos de serviços, estão se expandindo de sobremodo dentro do setor que constituem, atualmente, o grupo predominante⁸¹.

1.3. Impactos Causados pelas EMSPs

This conjunction of an immense military establishment and a large arms industry is new in the American experience. The total influence – economic, political, even spiritual – is felt in every city [...] every office of the Federal government. We recognize the imperative need for this development. Yet we must not fail to comprehend its grave implications. Our toil, resources and livelihood are all involved; so is the very structure of our society.

(President Eisenhower, 1961)

Não obstante a inexactidão das classificações disponíveis sobre as EMSPs e a dificuldade em estabelecer um conceito que abarque a pluralidade de empresas e de serviços ofertados, a expansão e a proliferação dessas, em soma com a magnitude das

⁷⁹ SINGER, Peter W. *Corporate Warriors: The Rise of Privatized Military Industry*. New York: Cornell University Press, 2003.

⁸⁰ PETERSOHN, Ulrich. *Outsourcing the Big Stick: the Consequences of Using Private Military Companies in Working Paper Series*, No. 08-0129, Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University, Boston: 2008, p.6.

⁸¹ SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015.

atividades desempenhadas, tornam imprescindível o estudo sobre os impactos decorrentes das transformações que a privatização da segurança internacional promove⁸².

O primeiro efeito que se pode salientar é que a terceirização do poder militar leva a uma conseqüente erosão do monopólio estatal da violência. O esforço para controlar a violência no interior de estruturas coletivas, regras, leis, normas e instituições tem sido uma luta contínua ao largo da história humana⁸³. O emprego de EMSPs afeta os distintos instrumentos de controle que o Estado dispõe, impactando consideravelmente o modo que o mesmo supervisiona o uso da força militar⁸⁴.

In numerous cases witnessed over the last two decades – EO in Sierra Leone, the plethora of PMCs in Iraq, and the new initiatives in Liberia by DynCorp and MPRI – ‘public security’ was being provided by a private, commercial actor where the state’s instruments of such ‘public security’ were either insufficient, corrupt, or non-existent. Therefore, in a seemingly-paradoxical manner, private, commercial military, and security actors were reconstructing the state and its provision of public security to its citizenry while, at the same time, deconstructing the state’s monopoly on armed force and public violence.⁸⁵

Indesejável consequência é a redução da soberania política gerada pela delegação de funções de monitoramento, informação e inteligência em um contexto de conflito e instabilidade, que acarreta a restrição do controle sobre decisões de política externa, antes exclusivas do Estado⁸⁶.

⁸² Cf. SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015, p.66. As análises críticas das atuações das EMSP destacam os efeitos não controlados e negativos que suas ações podem ter sobre os Estados em geral e sobre seus cidadãos: desde causar graves danos à segurança das pessoas até a afetar a identidade e a autonomia dos Estados falhados passando pela introdução externa de desequilíbrios entre as partes de um conflito armado, a militarização social propiciada pela criação do mercado transnacional da força, o estabelecimento de santuários para grupos armados e a geração de efeitos não controláveis e não desejáveis como morte de civis, ações de inteligência e de luta antiterrorista de duvidosa legalidade, a destruição do meio ambiente, o esgotamento dos recursos naturais, o apoio a regimes repressivos que apoiam a violência, entre outros.

⁸³ AVANT, Deborah D. *The Market for Force*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p.3.

⁸⁴ IGLESIAS, Mario A. Laborie. “La Controvertida Contribución de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP) a la Resolución de Conflictos” in MINISTERIO DE DEFENSA. *Los Actores No Estatales Y La Seguridad Internacional: Su Papel En La Resolución de Conflictos Y Crisis*. Instituto Español de Estudios Estratégicos Centro Nacional de Inteligencia. Madrid: Imprenta Del Ministerio de Defensa, 2010, p.106.

⁸⁵ O’Brien, Kevin A. “What Should and what should not be regulated?” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p. 33.

⁸⁶ Nesse sentido, SINGER, Peter W. *Corporate Warriors: The Rise and Ramifications of the Privatized Military Industry*. *International Security*, Vol. 26, No. 3, Winter 2001/2002 e SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad

Uma vez contratadas para executar atividades de direção e comando, as EMSPs passam a ser detentoras de informações estratégicas sobre a situação e imprescindíveis para definir as políticas necessárias para solucionar o conflito. Dessa forma, os Estados se encontram à mercê da integridade das informações repassadas ou da exatidão das decisões sugeridas ou tomadas pelas EMSPs, o que ocasiona um nítido impacto sobre o poder de decisão estatal e sobre o controle público⁸⁷.

Conforme preleciona Caterina Segura, o agente privado se torna mais poderoso que o ator e, de certa forma, o agente privado estaria se convertendo em ator. Por possuírem grande liberdade na interpretação de como se devem aplicar as decisões, se comutam em verdadeiros comandantes indiretos⁸⁸. *“Esta pérdida de control y/o delegación del uso de la fuerza por parte del Estado puede ser interpretada, además de como una faceta más de la transformación de la soberanía, como un retroceso en la larga lucha de la humanidad por contener y limitar la violencia. Aunque sea el Estado quien delega, la realidad final es que la privatización de la seguridad acaba minando la dimensión política de la soberanía, entendida como control”*⁸⁹.

Outra decorrência proveniente da terceirização da segurança, sublinhada pela doutrina, é que os problemas socioeconômicos ou políticos passam a ser vistos e analisados como questões técnicas de segurança, com soluções também técnicas, em detrimento de outras respostas políticas, como negociações e diplomacia, nas quais a eficiência das EMSPs é irrelevante. Ao profissionalizar e reduzir determinadas práticas a meros tecnicismos se opera um giro pró-mercado impondo-se a ideia de que os provedores privados de segurança são mais eficientes que os públicos⁹⁰.

Um ponto que é válido ressaltar é a maior capacidade do setor privado de ofertar salários mais elevados, o que prejudica a capacidade de recrutamento do Estado

Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015.

⁸⁷ SINGER, Peter W. *Corporate Warriors: The Rise and Ramifications of the Privatized Military Industry*. International Security, Vol. 26, No. 3, Winter 2001/2002.

⁸⁸ SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015.

⁸⁹ SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015, p.67.

⁹⁰ SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015, p.69.

acarretando uma degradação dos valores da profissão militar⁹¹. Institui-se, assim, uma cadeia cíclica, a erosão da capacidade militar estatal aumenta a dependência em relação às EMSPs, o que avulta seu poderio de mercado, contratação e remuneração.

Outro impacto nota-se nos Estados mais necessitados de apoio militar e que, frequentemente, são os que menos possuem capacidade econômica para financiar as empresas privadas, em decorrência, a única saída que encontram é de remunerar as EMSPs com concessões de extração de recursos naturais disponíveis no país. O abuso de haveres como ouro, diamantes, madeira e petróleo e o papel desses bens naturais em perpetuar conflitos tem sido amplamente documentado em Estados da África, particularmente, Serra Leoa, Libéria, Sudão, Angola e República Democrática do Congo⁹².

Um relatório da ONU de 1996 observou que, de acordo com fontes, a *Executive Outcomes*, empresa militar privada contratada pelo governo da Serra Leoa, estava recebendo cerca de 30 milhões de dólares e concessões de minério no distrito de Koidu para suas operações mercenárias⁹³ e todas as atividades de extração eram supervisionadas por executivos da empresa⁹⁴.

Em consequência, tem ocorrido o que se denomina “privatização estratégica”, em que o bem comercializado como pagamento está localizado no território do adversário no conflito, por conseguinte, a EMSP ou outra empresa privada, que tenha contratado uma EMSP, necessita reinstaurar o controle sobre aquele território para usufruir da concessão e assegurar seu pagamento⁹⁵.

O resultado em longo prazo é que recursos naturais valiosos para a nação e para um futuro estável são comprometidos permanentemente em troca de benefícios efêmeros e

⁹¹ SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015.

⁹² MCINTYRE, Angela; WEISS, Taya. “Africa’s experience of mercenaries and PMC’S” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.72.

⁹³ Expressão utilizada no relatório.

⁹⁴ Relatório de Enrique Bernales Ballesteros, Relator Especial da ONU in Report on the Questions of the Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-Determination, 1996, UN Doc E/CN.4/1996/27, para 65.

⁹⁵ Cf. SINGER, Peter W. *Corporate Warriors: The Rise and Ramifications of the Privatized Military Industry*. International Security, Vol. 26, No. 3, Winter 2001/2002, p.26. O governo angolano foi o mais eficiente em usar essa estratégia, vendendo concessões que colocou empresas de mineração e empresas militares em locais de domínio de seus oponentes.

imediatos⁹⁶. Além disso, cabe questionar em que medida os cidadãos desses Estados estão sendo beneficiados e democraticamente representados por esses governos que contratam empresas privadas para impor a força sobre adversários em detrimento das riquezas naturais do país.

Outro efeito detectado pela presença das EMSPs, no cenário internacional, é que essas disponibilizaram novas formas de assistência e alianças. Dado que as EMSPs possibilitam a simples transformação de recursos financeiros em recursos militares, aliados podem propiciar assistência sob a forma de infusão monetária. A racionalidade dessa nova maneira de cooperação é que diminui os potenciais riscos dos doadores ao reduzir a probabilidade de se verem envolvidos no conflito, além de afastar uma possível reprovação popular, dos Estados que prestam a assistência, devido ao envio de tropas. À vista disso, dispor de opções que implicam o uso da força a um custo político quase inexistente, pode levar a um aumento do uso da violência no cenário internacional e nos conflitos armados⁹⁷.

Nesse ínterim, outra alteração digna de nota, é que essa possibilidade inclui no cenário novos aliados, que anteriormente não eram estruturalmente capazes de conceder ajuda, dessa forma, atores não-estatais, inclusive indivíduos com alta capacidade pecuniária, podem se tornar aliados valiosos capazes de inverter balanças de poder e definir resultados de conflitos mesmo à distância ou anonimamente⁹⁸.

A gestão da força por outros atores pode ser considerada uma alteração negativa quando se considera que o monopólio estatal da violência é a instituição que melhor serve ao objetivo de controlá-la. *“Con el enfoque militar de la seguridad y la tendencia hacia la dependencia de la fuerza militar para la resolución de conflictos que acompaña a la privatización aumenta la potencialidad del uso de la violencia y de conflictividad armada ya no sólo por el Estado sino por parte de estos a la vez nuevos y tradicionales actores”*⁹⁹.

⁹⁶ SINGER, Peter W. *Corporate Warriors: The Rise and Ramifications of the Privatized Military Industry*. International Security, Vol. 26, No. 3, Winter 2001/2002, p.26.

⁹⁷ SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015, p.69.

⁹⁸ SINGER, Peter W. *Corporate Warriors: The Rise and Ramifications of the Privatized Military Industry*. International Security, Vol. 26, No. 3, Winter 2001/2002, p.31. Nesse ponto, Singer cita o exemplo da antiga Iugoslávia: *in 1995, after the war in the former Yugoslavia, moderate Arab states wanted to aid the Bosnian Muslim government and, at the same time, counter the radicalizing influence of Iranian military aid. They did so not by sending their own military personnel to the region, but rather by paying a PMF.MPRI to train the Bosnian army.*

⁹⁹ SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015, p.74.

Em síntese, a dinâmica da privatização da segurança produz uma nova classe de atores cuja legitimidade se sustenta em conhecimentos e na experiência e não na origem democrática de seu mandato. Cria-se, portanto, uma conversão de uma autoridade técnica (baseada em conhecimento e especialização) em uma autoridade política sem perpassar por mecanismos políticos democráticos¹⁰⁰.

Segundo Anna Leander, o *know-how* em matéria de segurança se circunscreve cada vez mais a termos técnicos e militares e, conseqüentemente, se desloca o debate sobre a segurança da esfera pública para o âmbito privado restringido ao poder executivo, ao exército, aos serviços secretos e às EMSPs, no qual a participação do poder legislativo, da diplomacia, dos ministérios de assuntos exteriores e de defesa se reduz e do qual se exclui a sociedade civil¹⁰¹.

Portanto, a mercantilização da segurança se traduz em um dos impactos causados pelas EMSPs na governança global, pois, apesar de operar sobre a premissa de que se está comprando ou vendendo um bem de alto conteúdo técnico-científico e que é um processo pretensamente técnico, na realidade, se está comercializando um bem de alto conteúdo político com conseqüências políticas relevantes¹⁰². A parte disso, Singer realça algumas complicações que devem ser consideradas ao privatizar serviços militares, entre outras:

How would bankruptcies or mergers affect the continuation of services to a client? What would happen in the event of a foreign takeover of the parent company, if the new owners were opposed to a PMF's operations? Would an optimum strategy for a losing opponent be to attempt a financial takeover of the corporate boardroom rather than to engage on the battlefield? Each scenario leads to different empirical expectations other than using one's own military, and each requires internally focused contractual monitoring mechanisms to address such contingencies¹⁰³.

Dois outros fatores que merecem menção ao se tratar dos impactos gerados pela atuação das EMSPs são o empoderamento de grupos não-estatais e violações de direitos humanos. Não obstante muitos argumentarem que as EMSPs não condescendem com

¹⁰⁰ SEGURA, Caterina García. "Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados" in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015, p.75.

¹⁰¹ LEANDER, Anna. *The Power to Construct International Security: On the Significance of Private Military Companies*. Millennium: Journal of International Studies, Vol. 33, No. 3, 2005, p.804.

¹⁰² SEGURA, Caterina García. "Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados" in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015, p.75.

¹⁰³ SINGER, Peter W. *Corporate Warriors: The Rise and Ramifications of the Privatized Military Industry*. International Security, Vol. 26, No. 3, Winter 2001/2002, p.26.

grupos ilegítimos ou criminosos para preservarem sua reputação internacional e perpetuarem seus contratos com Estados e organizações internacionais, tanto a estrutura do mercado quanto os registros históricos contrariam esses argumentos. Bayarri y Martínez colocam nome e sobrenome em algumas das empresas que incluem entre seus clientes cartéis de drogas, grupos terroristas, máfias e governos ditatoriais: “*Stabilco, Niemoller-Group, CMR, Dod He’Hanitin (Spearhead Ltd.)* o as desaparecidas *Sakina Security e Transglobal Security International*”. Constatando que só a regulamentação e transparência poderão confirmar se essas empresas representam uma minoria do setor ou se o setor se nutre, fundamentalmente, por este tipo de clientes¹⁰⁴.

Em relação à violação de direitos humanos salienta-se que as forças armadas nacionais são treinadas em conformidade com os valores sociais estabelecidos, quando atuam internacionalmente equivalem a uma atuação do próprio Estado e, portanto, estão vinculadas aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados por esse e respondem por eventuais violações. Em contrapartida, as EMSPs não estão constrangidas a respeitar as normas internacionais de direitos humanos e acabam restando impunes, como se verificou no Iraque.

1.4. As EMSPs no Iraque

Can't Win With 'Em, Can't Go to War Without 'Em
(Peter Singer, 2007)

São vários os exemplos de atuação das EMSPs disponíveis para análise, não obstante, é indiscutível que o caso do Iraque se destaca entre todos e tem inspirado uma torrente de estudos e discussões. Isso é devido, em parte, às repercussões midiáticas que descortinaram flagrantes violações de direitos humanos; aos relatórios divulgados pelo governo dos EUA de quantias bilionárias despendidas em contratações privadas; e, principalmente, à quantidade de contratados privados. As EMSPs no Iraque contabilizaram o segundo maior contingente de forças armadas atrás, somente, dos americanos,

¹⁰⁴ Bayarri y Martínez *apud* ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí” in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013, p.356.

contribuindo mais do que qualquer outro membro da força de coalizão liderada pelos EUA, resultando, inclusive, em praticamente o mesmo número de militares de todos os outros Estados combinados¹⁰⁵. Diante disso, “*moreover, most people nowadays will at least recognise firms like Halliburton, Blackwater, DynCorp, ArmorGroup, Triple Canopy, et cetera, something that would not have been the case just three years ago*”¹⁰⁶.

*US forces relied on civilian contractors to run the computer systems that generated the tactical air picture for the Combined Air Operations Center in “Operation Iraqi Freedom”, and the US Navy relied on contractors to help operate the guided missile defence systems on some of its ships. The other end of the spectrum is dominated by PMCs providing logistics and supply services. Camp Doha in Kuwait, which served as the launch-pad for the US invasion in Iraq, was built, operated, and guarded by private contractors. PMCs have thus been essential to the overall effort in Iraq. They have filled gaps in troop strength and a variety of roles that US forces would prefer not to carry out. Without PMCs, the operations currently conducted would likely be even more compromised*¹⁰⁷.

O impacto das EMSPs no Iraque tem sido contrastante, muitos estudos demonstram que sem a presença desses atores privados a intervenção no Iraque não teria sido possível, existem relatórios de iraquianos preferirem o uso dos empregados das EMSPs por considerá-los menos suscetíveis à corrupção e à pressão do que seus correspondentes iraquianos¹⁰⁸. Contudo, a maioria dos estudos aponta para uma perda de controle dos representantes do governo americano ante o grande número de contratados e subcontratados.

Like PMCs, almost all PSCs are on the US payroll, either directly or indirectly through subcontracts with companies hired to rebuild Iraq. Many civilian security guards are hired as “independent contractors” by companies that, in turn, are subcontractors of larger security companies, themselves subcontractors of a prime contractor, which may have been hired by a US department or agency. In practical terms, these convoluted relationships often mean that

¹⁰⁵ SCHREIER, Fred; CAPARINI, Marina. *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper, n.6. Genebra, 2005.

¹⁰⁶ ISENBERG, David. “Challenges of Security Privatisation in Iraq” in BRYDEN, Alan; CAPARINI, Marina (eds.). *Private Actors and Security Governance*. Geneva: LIT & DCAF, 2006, p.156.

¹⁰⁷ SCHREIER, Fred; CAPARINI, Marina. *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper, n.6. Genebra, 2005, p.35.

¹⁰⁸ ISENBERG, David. “Challenges of Security Privatisation in Iraq” in BRYDEN, Alan; CAPARINI, Marina (eds.). *Private Actors and Security Governance*. Geneva: LIT & DCAF, 2006, p.162.

*governmental authorities have no real oversight of security companies on the public payroll.*¹⁰⁹

Essa falta de controle desencadeou sérias consequências à população do Iraque e aos próprios combatentes. Entre as violações mais graves ocorridas e que repercutiram mundialmente, está o “domingo sangrento de Bagdá”, ocorrido em 16 de setembro de 2007, na Praça de Nisour, em que forças de segurança privada da empresa Blackwater escoltavam um comboio americano e mataram com tiros 17 civis¹¹⁰, entre eles, mulheres e crianças, em circunstâncias que não justificavam o uso da força¹¹¹. Além disso, Blackwater foi acusada de fomentar a prostituição infantil no Iraque, além de contrabando de armas, lavagem de dinheiro e evasão de impostos¹¹².

Em março de 2006, Kays Juma, um residente australiano e professor da Universidade de Bagdá foi morto quando guardas de segurança privada o confundiram e atiraram em seu veículo¹¹³. Outro caso que repercutiu internacionalmente foram as condições desumanas, os tratamentos cruéis e as torturas nos presídios norte-americanos

¹⁰⁹ SCHREIER, Fred; CAPARINI, Marina. *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper, n.6. Genebra, 2005, p.43.

¹¹⁰ Apesar das autoridades alegarem que foram 17 as vítimas fatais, as investigações americanas confirmaram 14 mortos e 18 feridos. Em outubro de 2014, quatro empregados da empresa, identificados como os atiradores foram condenados por um tribunal federal norte-americano. Não obstante, a empresa e seus fundadores não foram responsabilizados.

¹¹¹ ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí” in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013, p. 352. O fato foi filmado pelos próprios violadores e divulgado no site da empresa. Volta-se à discussão do ofensivo vs defensivo, as empresas de segurança que supostamente só possuem autorização para o uso da força em casos de legítima defesa atacaram sem motivo aparente e sem agressão ou ameaça prévia. De acordo com esse autor, um informe do Congresso dos Estados Unidos denunciou que a empresa supramencionada protagonizou 195 tiroteios em dois anos no Iraque, um e meio por semana, e que em 80% dos casos os contratados privados dispararam primeiro, apesar do seu contrato com o Departamento de Estado americano estipular que somente poderiam usar a força em caráter defensivo. Após a divulgação desses crimes, a empresa se retirou do Iraque, entretanto, de acordo com mensagens diplomáticas norte-americanas, grande parte dos seus empregados continuaram atuando no Iraque contratados por outras empresas privadas.

¹¹² ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí” in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013, p.356.

¹¹³ ISENBERG, David. “Challenges of Security Privatisation in Iraq” in BRYDEN, Alan; CAPARINI, Marina (eds.). *Private Actors and Security Governance*. Geneva: LIT & DCAF, 2006, p.173.

em Abu Ghraib, cometidas por soldados americanos juntamente com empregados de empresas privadas¹¹⁴.

Diante disso, Caterina Segura notabiliza que [...] *las EMSP ni son altruistas ni se mueven por objetivos éticos o morales. La persecución de sus objetivos, incluso cuando no pretendieran un comportamiento amoral, puede llevarles a provocar daños no deseados que, en este mercado de la seguridad globalizado y no regulado, pueden quedar impunes al no estar los agentes privados obligados a rendir cuentas y al quedar difusas las responsabilidades*¹¹⁵.

Perante esse contexto de violações de direitos humanos, são dois os argumentos que se apontam para explicar o alto grau de impunidade. Em primeiro lugar, a existência de uma rede cada vez mais espessa de tratados bilaterais que oferecem imunidade aos cidadãos das partes, incluindo os empregados das EMSPs, nos procedimentos judiciais nacionais e que impedem de iniciar processos contra essas pessoas ante o Tribunal Penal Internacional (TPI). Os Estados Unidos firmou tratados desse tipo com Equador e Colômbia, *e.g.*, dois países em que operam esse tipo de empresa. No Iraque não foi necessário, devido à vigência até pouco tempo da Ordem 17, de 2004, ditada durante a ocupação do território que garantia a imunidade dos contratados privados¹¹⁶.

Em segundo lugar, existe uma grande opacidade contratual. Os contratos norte-americanos com as EMSPs para atuar em países como Afeganistão ou Iraque podem, por sua vez, serem subcontratados uma ou várias vezes em países terceiros, frequentemente através de companhias fictícias, que nem sequer estão registradas ou, quando estão nos EUA, as empresas militares privadas procuram fundar o contrato em alguma legislação estrangeira que seja mais permissiva que a americana¹¹⁷.

¹¹⁴ Documento A/61/341 (2006), parágrafo 69. Empregados de uma EMSP americana, CACI, foram flagrados abusando de prisioneiros enquanto conduziam interrogatórios em nome do governo dos EUA.

¹¹⁵ SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015.

¹¹⁶ ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí” in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013, p. 361.

¹¹⁷ ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí” in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). **El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso**. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013, p. 361. “Todo ello hace muy difícil determinar qué legislación nacional es aplicable y qué tribunales

Ainda em relação a atuação das EMSPs no Iraque, David Isenberg pondera sobre o potencial dessas empresas privadas criarem um ambiente de insegurança ao treinarem forças iraquianas sem a garantia de que terão empregos duradouros e sustentáveis no futuro.

Beyond the training of members of the Iraqi security forces, PMCs are training men and equipping them with a set of military skills. These men are often earning two to three times more than the average Iraqi. But what happens after Western forces and reconstruction workers leave and those Iraqis no longer have a job? Are we training the next insurgency force? While firms such as DynCorp include democratic policing and respect for rule of law in their training of Iraqi police, other firms probably train Iraqis for future subsidiaries they hope to establish. While Iraqi authorities may recognise such issues, it is unlikely they can do much about them. The truth for them, and for PMCs, is that knowledge is fungible. Once you teach a set of skills there is nothing you can do to prevent it from being used¹¹⁸.

Portanto, percebe-se um uso indiscriminado dos contratados privados sem o devido controle e regulamentação, não só quanto às possíveis violações legais e de direitos humanos, mas, inclusive, de coordenação entre as forças militares regulares e os empregados das EMSPs. No Iraque foram reportados vários “friendly-fire” incidentes entre EMSPs e o exército¹¹⁹.

Em face de todos esses acontecimentos, os EUA e o Iraque se depararam com a necessidade peremptória de reformar sua legislação e preencher a lacuna legal sob a qual as EMSPs têm atuado e permanecido impunes¹²⁰. A sociedade civil iraquiana criou um

son competentes para conocer de los hechos delictivos cometidos por contratistas o las violaciones de derechos humanos atribuibles a sus empresas.”

¹¹⁸ ISENBERG, David. “Challenges of Security Privatisation in Iraq” in BRYDEN, Alan; CAPARINI, Marina (eds.). *Private Actors and Security Governance*. Geneva: LIT & DCAF, 2006, p.176.

¹¹⁹ Cf. ISENBERG, David. “Challenges of Security Privatisation in Iraq” in BRYDEN, Alan; CAPARINI, Marina (eds.). *Private Actors and Security Governance*. Geneva: LIT & DCAF, 2006, p. 158: [...] *one major PMC in Iraq, Triple Canopy, has had several friendly-fire incidents in Iraq where military personnel shot at them. One of the better-known complaints occurred in May 2005 when a group of armed American private security guards from Zapata Engineering were taken into custody on suspicion of shooting at a Marine guard tower. Although subsequently released, the contractors feel that they were unfairly arrested and, once in the military prisons, some say they were subjected to humiliating treatment and were abused. The marines say the contractors were treated professionally. Recently it was announced that the contractors had been cleared of all charges.*

¹²⁰ Cf. ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí” in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013, p. 353. Após os acontecimentos desencadeados pela empresa Blackwater no Iraque, o Congresso Americano iniciou a reforma de sua lei de jurisdição militar extraterritorial de maneira que todas as empresas de segurança e contratados que trabalhem no Iraque e outras zonas em conflito estejam sujeitas às leis e à

projeto “*Stop private military companies*” em que relata atuações das EMSPs¹²¹. Em 2016, o NOVACT, *The International Institute for Nonviolent Action*, realizou um estudo comparado do uso das EMSPs no Iraque, nos Territórios Ocupados da Palestina e Colômbia, ressaltando os impactos nos direitos humanos e fazendo recomendações para uma regulamentação efetiva¹²².

Mister ressaltar que, desenvolver e aperfeiçoar legislações nacionais dos Estados em que as EMSPs possuem sede e atuam é imprescindível, não obstante, é insuficiente, uma vez que as EMSPs podem se deslocar para outros Estados quando se sentirem prejudicadas por uma legislação interna. Portanto, o que realmente deve ser feito é desenvolver padrões mínimos na legislação internacional e promover uma regulamentação de caráter universal¹²³.

1.5. Considerações Essenciais sobre o Uso das EMSPs

Venceréis, pero no convenceréis.

(Miguel de Unamuno, 1936)

Como supracitado, apesar da finalidade em comum: prestar serviços militares por uma recompensação financeira, existem nítidas diferenças entre os mercenários e as atuais EMSPs. Entretanto, essa finalidade em comum não deixa de ser relevante e de levar a comunidade internacional e nacional a questionamentos sobre a moralidade e a legitimidade de se contratar uma EMSP. Fato é que, existe uma clara e contundente linha de pensamento, que remonta à Idade Média, de que matar sem uma causa apropriada é injustificável e imoral¹²⁴. A questão é que quando um mercenário adere a uma luta, ele o

jurisdição norte americana, o que não acontecia até o momento. O governo iraquiano aprovou e encaminhou ao parlamento um projeto de lei que deveria revogar a Ordem 17 de 2004. Cf. DETTER, Ingrid. *The Law of War*. 3ed. England: Ashgate Publishing Limited, 2013, p.154. “*The Afghan government announced in March 2012 that private military companies would be prohibited in the country and that instead security would be guaranteed by the new Afghan Public Protection Force (APPF). In response to this announcement, several international aid agencies stated that they may have to leave in view of security fears.*”

¹²¹ CSSI. *Stop Private Military Companies*. 2017.

¹²² ARMENDÁRIZ, Leticia. *The Invisible Force*. NOVACT, 2016.

¹²³ ISENBERG, David. “Challenges of Security Privatisation in Iraq” in BRYDEN, Alan; CAPARINI, Marina (eds.). *Private Actors and Security Governance*. Geneva: LIT & DCAF, 2006, p.179.

¹²⁴ PERCY, Sarah. “Morality and Regulation” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.17.

faz por si mesmo, por um benefício próprio e não pelo bem comum, não pelo Estado, por um dever moral ou por valores e crenças, o faz somente por seus próprios interesses.

[...] es decir, han presumido que las EMSP actúan – indirectamente – en favor del interés público que ellos defienden, ya que trabajan para ellos, ignorando los intereses lucrativos que, en tanto que empresas, constituyen su razón de ser. No hay que olvidar que son empresas que defienden intereses privados y, por tanto, son auténticos actores, con agenda, objetivos e recursos propios, y no meros agente al servicio de otros actores. Como tales, aun contratados por ellos, acaban interfiriendo en la capacidad de control, tanto político como militar, de los Estados sobre las cuestiones de seguridad y, en concreto, afectan los diferentes aspectos del control estatal del uso de la fuerza¹²⁵.

Outro apelo moral contra os mercenários ou contra as EMSPs é que um exército formado por cidadãos restringe o Estado ao tornar mais difícil para esse envolver na guerra e, especificamente, mais difícil para o Estado utilizar as forças armadas para esmagar rebeliões entre seus cidadãos¹²⁶.

Essa ideia é tão antiga que pode ser encontrada em Maquiavel que defende que contratar estrangeiros para lutar diminui a força da república, pois a república suga suas forças do serviço militar de seus cidadãos, baseando-se no sentimento há muito arraigado e sedimentado de que os filhos nativos devem lutar pela república para esta se manter saudável e garantir o sucesso na guerra¹²⁷.

O que se defende são dois pontos distintos e complementares, primeiro é que quando um nacional defende e luta por seu Estado, este se fortalece uma vez que fortalece seus laços com seus cidadãos, que motivados pelo sentimento patriótico vão morrer pela nação a que pertencem; segundo é que, além de mais forte, o Estado é mais seguro quando depende dos seus cidadãos para entrar em uma guerra ou para fazer uma revolução, pois, é imprescindível a anuência e o engajamento da maioria da população. Entretanto, se o Estado pode simplesmente contratar forças armadas estrangeiras, dispondo para isso somente de poder econômico, então o cidadão não está mais seguro, pois se tornou parte

¹²⁵ SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015, p.67.

¹²⁶ PERCY, Sarah. “Morality and Regulation” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p. 18.

¹²⁷ MARIN, Marcelo de Paola. *Maquiavel e Guicciardini: liberdade cívica e discórdias civis*. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

dispensável desse processo. Torna-se mais fácil ou possível subjugar a população seja sua opinião ou seus direitos¹²⁸.

Compartilhando esse pensamento, Jean-Jacques Rousseau preleciona que quando os cidadãos não se consideram mais interessados na causa comum, cessam em serem os defensores da terra natal. De acordo com esse pensador, líderes preferirão mercenários a homens livres somente se for para utilizar os primeiros para subjugar os segundos mais efetivamente¹²⁹. Ademais, conforme Kant, “*if the consent of the citizens is required in order to decide that war should be declared... nothing is more natural than that they would be very cautious in commencing such a poor game, decreeing for themselves all the calamities of war*”¹³⁰.

Em síntese, o uso de EMSPs pode levar a uma redução da democracia nos Estados que as contratam ao diminuir a fiscalização democrática das decisões de ir para a guerra. Além disso, reduz os obstáculos de prolongar a guerra. Interessante notar que nos Estados Unidos, por exemplo, uma forma de manter poder democrático sobre a contratação de EMSPs é levando a contratação para ser discutida e aceita pelo Congresso, entretanto, somente os contratos com valores iguais ou superiores a 50 milhões são levados a esse órgão¹³¹.

De acordo com Sarah Percy, um dos principais motivos pelos quais as EMSP acabam sempre relacionadas ao mercenarismo é que ambos possuem o potencial de abalar a relação entre o Estado e o cidadão, fazem com que seja mais fácil para o Estado usar a força, se tornar tirânico, ou sustentar uma guerra impopular. “*Private fighters of all kinds are linked because they are subject to the same criticism: that they disrupt the military relationship between the citizen and the state.*”¹³²

¹²⁸ PERCY, Sarah. “Morality and Regulation” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010.

¹²⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques, (1775) “A Discourse on Political Economy”, in Denis Diderot (ed), *Jean-Jacques Rousseau: The Basic Political Writing*. Indianapolis and Cambridge: Hackett Publishing Company, 1987, p.131.

¹³⁰ KANT, Immanuel (1795) *Perpetual Peace and Other Essays*, Ted Humphrey (trans.) Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1983, p.113.

¹³¹ PERCY, Sarah. “Morality and Regulation” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.22.

¹³² PERCY, Sarah. “Morality and Regulation” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.22.

Em suma, faz-se relevante a análise das objeções morais para compreender o potencial e o alcance da regulação da indústria privada militar. Refutações em relação às atividades podem ser resolvidas através de uma regulamentação; a objeção baseada na ideia que combatentes privados não matam por uma causa apropriada pode ser resolvida por mudanças na conduta; entretanto, a objeção de que forças privadas enfraquecem o relacionamento apropriado entre os cidadãos e o Estado não é simples de transpor¹³³.

Portanto, com o objetivo de atenuar esses impactos, o que se pretende é analisar as possibilidades de atribuição das condutas dessas empresas ao Estado ou de mantê-lo responsável pela fiscalização e monitoramento do uso da força pelo setor privado, preservando, assim, o controle democrático sobre a violência. Para tanto, é necessário fazer uma breve introdução sobre a responsabilidade internacional do Estado para, por fim, discutir as hipóteses da responsabilização deste pelos atos das EMSPs.

¹³³ PERCY, Sarah. "Morality and Regulation" in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.23.

2. BREVE EXCURSO SOBRE A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

Responsabilidade é o termo usado pelos internacionalistas para intitular o entendimento que determinadas entidades podem ter que responder por um comportamento infrator. O Tribunal Permanente de Justiça Internacional (TPJI), em 1928, no caso *Chorzów Factory*, afirmou que a possibilidade de ser responsabilizado era o preço a se pagar por participar do direito internacional¹³⁴. Essa afirmação leva a interpretação que, a princípio, todos os sujeitos de direito internacional podem ser responsabilizados por suas condutas. Entretanto, regimes específicos de responsabilidade só foram desenvolvidos, até o momento, em relação ao Estado, ao indivíduo e às organizações internacionais e, mesmo sobre esses, a lei existente é vaga e embrionária¹³⁵. O único conjunto de regras sobre a responsabilidade firmemente consolidado pelo direito internacional¹³⁶ se relaciona ao Estado e será o objeto central deste capítulo.

O direito e a comunidade internacional são regidos pela máxima da igualdade soberana dos Estados. As soberanias dos Estados possuem a antinomia de lhe atribuírem a supremacia no cenário internacional e, isocronamente, serem seu supremo interditor, pois, uma vez que, os Estados são iguais em direitos também o são em deveres¹³⁷, em ratificação, Shaw: “*state responsibility is a fundamental principle of international law, arising out of the nature of the international legal system and the doctrines of state sovereignty and equality of all states*”¹³⁸. No mesmo sentido, Jónatas Machado assevera que a responsabilidade dos Estados “começa por ser um correlato da soberania internacional e da capacidade jurídica internacional, já que é um princípio fundamental da teoria moral, da teoria política e da teoria jurídica, que a responsabilidade aumenta na proporção directa da autonomia e capacidade volitiva do sujeito de que se considere”¹³⁹.

¹³⁴ Permanent Court of International Justice. *Chorzów Factory case*. (Germany v. Poland). Merits. 1928.

¹³⁵ KLABBERS, Jan. *International Law*. New York: Cambridge University Press, 2013, p.124.

¹³⁶ KLABBERS, Jan. *International Law*. New York: Cambridge University Press, 2013, p.124.

¹³⁷ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2.ed, Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2003, p. 776. “As principais regras consuetudinárias não são formuladas senão na segunda metade do século XIX graças ao recurso muito frequente à arbitragem, após um longo eclipse”.

¹³⁸ SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ed. UK: Cambridge University Press, 2008, p.778.

¹³⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.565.

Apesar do seu reconhecimento universal, o regime da responsabilidade do Estado evoluiu lentamente e ainda hoje é predominantemente consuetudinário. Nos seus apontamentos sobre o longo percurso da codificação do direito internacional, Azeredo Lopes, se refere à responsabilidade internacional dos Estados como “um daqueles frutos apetecidos que não se conseguem colher da árvore: parecem nunca estar maduro que chegue”¹⁴⁰. Isto posto, o tópico *infra* discorre brevemente sobre o desenvolvimento temporal das iniciativas de codificação das regras costumeiras sobre a responsabilidade internacional do Estado que culminaram no projeto de Artigos elaborado pela Comissão de Direito Internacional.

2.1. As Iniciativas de Codificação

Em 1924, a Assembleia da Sociedade das Nações sugeriu que fosse convocada uma comissão de expertos para identificar quais eram as áreas do direito internacional mais cobiçadas em que fosse exequível alcançar um consenso comum. A comissão foi constituída por 17 juristas, que realizaram três encontros, no primeiro¹⁴¹, onze ramos do direito internacional foram identificados, entre os quais se encontrava a responsabilidade do Estado. Os temas foram analisados e desenvolvidos por subcomissões, com o objetivo de verificar se a codificação era possível. Após intensas discussões e análises, em setembro de 1927, a Assembleia da Sociedade das Nações decidiu por submeter os tópicos sobre a nacionalidade, águas territoriais e responsabilidade do Estado à primeira conferência de codificação. Em decorrência, um *Preparatory Committee* de cinco expertos foi formado para compilar bases de discussões detalhadas sobre cada um dos tópicos e apresentar na Conferência de Codificação de Haia, em 1930, que ocorreu com a presença de quarenta e oito representantes dos Estados. Não obstante, decorridos dezesseis encontros, a pretensão resultou em fracasso e não foi possível alcançar um consenso sobre questões relacionadas à responsabilidade do Estado¹⁴².

¹⁴⁰ LOPES, José Alberto de Azeredo. *Entre a Solidão e Intervencionismo: Direito de Autodeterminação dos Povos e Reações de Estados Terceiros*. Porto: Coimbra Editora, 2003, p.638.

¹⁴¹ A primeira sessão foi realizada em janeiro de 1925, seguida pela de janeiro de 1926 e abril de 1927.

¹⁴² CRAWFORD, James. *State Responsibility: The General Part*. UK: Cambridge University Press. 2013. Concomitantemente, a Faculdade de Direito de Harvard organizou um *Advisory Committee* sobre os três tópicos estabelecidos pela Sociedade das Nações. Em 1929, *Harvard Research Draft for the Responsibility of States for Damage done in their Territory to the Persons or Property of Foreigners* foi concluído e se expandiu para além do objetivo original, auxiliar a Conferência de 1930, e se tornou um projeto de codificação influente *per se*. Em 1961, Harvard promoveu um novo projeto de atualização e revisão do draft

Posteriormente, em 1947, foi instituída a Comissão de Direito Internacional, no seio das Nações Unidas, sob os auspícios do artigo 13 da Carta das Nações Unidas, para iniciar estudos e fazer recomendações com o propósito de incentivar o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional¹⁴³. Como era de se esperar, devido sua indubitável importância para os Estados e para a evolução do direito internacional, a responsabilidade do Estado constava entre os quatorze temas originalmente selecionados para “*codification and progressive development*”¹⁴⁴.

O primeiro relator especial nomeado para tratar do assunto da responsabilidade foi García-Amador, em 1956, que elaborou seis relatórios, entre 1956 e 1961, mas que, conforme descreve Crawford, foram preteridos dentro da Comissão por outros temas como, imunidades diplomáticas, direito do mar, e dos tratados. Foi em 1963, com a nomeação de Roberto Ago como relator especial, que esse tema auferiu a atenção da CDI, foram produzidos oito relatórios entre 1969 e 1980, e trinta e cinco artigos foram adotados pela Comissão, compreendendo a Parte Um (origem da responsabilidade do Estado), do projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado¹⁴⁵.

Em 1979, William Riphagen passou a ser o relator especial, seguido por Gaetano Arangio-Ruiz, em 1987, ambos intentaram concluir as Parte Dois e Três do projeto de artigos, o que ocorreu em 1996, quando uma primeira versão do projeto de Artigos foi concluída. Não obstante, a compilação apresentada, em primeira leitura, expôs tantas questões controversas que sua adoção foi inexecutável. Exigindo da Comissão a continuidade dos seus esforços para desenvolver o projeto sobre a responsabilidade.

Dessa forma, em 1997, James Crawford foi escolhido como o novo relator especial para completar a segunda leitura do projeto de Artigos. Naquele contexto, três questões importantes foram identificadas para reconsideração: crimes internacionais dos Estados, o regime de contramedidas e de solução de controvérsias¹⁴⁶.

de 1929. De acordo com Crawford, comparado com o primeiro, o *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*, de 1961, “*represents a far more ambitious undertaking*”.

¹⁴³ ONU. Carta das Nações Unidas, 1945.

¹⁴⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Yearbook of the International Law Commission. 1949, p.281.

¹⁴⁵ CRAWFORD, James. *State Responsibility: The General Part*. UK: Cambridge University Press. 2013, p.36.

¹⁴⁶ CRAWFORD, James. *State Responsibility: The General Part*. UK: Cambridge University Press. 2013, p.40. Cf. LOPES, José Alberto de Azeredo. *Entre a Solidão e Intervencionismo: Direito de Autodeterminação dos Povos e Reações de Estados Terceiros*. Porto: Coimbra Editora, 2003, p. 643; A discussão sobre os crimes internacionais foi trazida pela previsão do artigo 19, que fez a distinção entre crimes internacionais e delitos internacionais, a solução encontrada foi a exclusão do conceito, passando a

Após mais de meio século de trabalho, reformulações e desenvolvimentos conceituais, em abril de 2001, a CDI adotou um texto profuso nomeado Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos¹⁴⁷ (doravante denominados Artigos da CDI ou DARS¹⁴⁸), acompanhado por comentários. Em dezembro do mesmo ano, a Assembleia Geral (AG) da ONU apoiou o projeto, o recomendou aos Estados, anexando-o à Resolução 56/83, sem prejuízo de uma futura adoção ou de outra medida apropriada. A AG voltou a recomendá-los em 2004, 2007, 2010, 2013 e 2016, oportunidades em que ressaltou sua ampla influência na prática ao ser constantemente citado¹⁴⁹.

Conforme os apontamentos de James Crawford, os Artigos da CDI refletem o direito consuetudinário e, isocronamente, em determinados aspectos, desenvolvem progressivamente o direito internacional, são considerados altamente persuasivos e representam os posicionamentos da maioria dos autores que abordam o tema¹⁵⁰.

O projeto não é dotado de obrigatoriedade jurídica, entretanto, é considerado uma verdadeira fonte do direito nessa matéria e tem sido constantemente citado e aplicado na fundamentação das decisões pelos tribunais internacionais. Diante disso, em meio à discussão incitada pela AG, em 2010, sobre como deveria se proceder, houve uma negativa geral dos Estados em relação a submeter o DARS à aprovação de uma convenção diplomática, baseando-se na ideia que, “*now that ILC has managed to agree on a number*

prever, somente, a figura dos fatos internacionalmente ilícitos de especial gravidade. Entretanto, como aduz Azeredo Lopes, a ideia pretendida pela dicotomia se manteve em outros aspectos do projeto, “pela inclusão [...] de um desenvolvimento sistemático [...] das noções como as de obrigações *erga omnes*, normas imperativas (*jus cogens*) e uma eventual categoria que reúna as violações mais graves de obrigações internacionais”.

¹⁴⁷ Ressalta-se que a responsabilidade também pode decorrer do risco da atividade, isto é, a responsabilidade internacional pode ser objetiva e emanar das atividades compatíveis com o direito internacional. Este trabalho se limitará à análise da responsabilidade por atos ilícitos, uma vez que pretende, posteriormente, relacionar a responsabilidade do Estado com as violações cometidas pelas empresas militares privadas no âmbito do direito internacional. Em 1979, a CDI iniciou os estudos sobre a responsabilidade internacional do Estado por atos ilícitos.

¹⁴⁸ DARS – *Draft Articles on Responsibility of States*.

¹⁴⁹ Como relata Maurizio Arcari: “*l’AG a pris note avec satisfaction de la compilation présentée par le SG en 2007 et depuis actualisée en 2010, qui dénombre au total 93 affaires, dans lesquelles 182 références aux articles de la CDI ont été formulées par des juridictions internationales. Une vue d’ensemble de la compilation du SG permet de confirmer l’influence croissante déployée par les articles de la CDI sur le contentieux de la responsabilité et paraît aussi encourager les conclusions positives formulées par certains États quant à la portée de droit coutumier des principes codifiés dans le Projet*”. Sobre isso: ARCARI, Maurizio. Le Juge et la Codification du Droit de la Responsabilité in BOSCHIERO, Nerina; SCOVAZZI, Tullio; PITEA, Cesare; RAGNI Chiara (eds.) *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*. Hague: Asser Press/Springer, 2013, p.20.

¹⁵⁰ TONKIN, Hannah. *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p.56.

*of rules, it is feared that submitting these to an international conference will only result in states trying to tamper with them and undoing the entire edifice*¹⁵¹. O mesmo ocorreu durante a sessão 68/104 (2013) e 71/133 (2016), ambas da AG, em que se voltou a questionar sobre futuras ações em relação ao projeto de Artigos da CDI, considerando as seguintes opções: a negociação de uma convenção diplomática com base nos artigos; a adoção dos artigos na forma de uma declaração ou resolução pela AG; ou a retenção dos artigos na sua forma presente sem outras medidas. Muitas delegações se pronunciaram no sentido que um plano de ação em relação ao rumo futuro dos artigos não deveria ser diferido, mesmo porque essa decisão tem impacto em outros projetos da CDI como os artigos sobre a responsabilidade de organizações internacionais. Não obstante, devido à preocupação reiterada, apresentada pelos Estados, de que uma convenção desviaria e prejudicaria os propósitos dos artigos, a questão permaneceu em aberto e decidiu-se que, na septuagésima quarta sessão, a matéria seria reexaminada “*with a view to taking a decision, the question of a convention on responsibility of States for internationally wrongful acts or other appropriate action on the basis of the articles*”¹⁵².

Nesse contexto, James Crawford constata que, no momento, os Artigos da CDI possuem um papel construtivo em promover as normas secundárias de responsabilidade. Pode parecer paradoxal que esse papel só pode ser preservado mantendo aberta a possibilidade de uma convenção enquanto perpetuando a protelação da decisão sobre a

¹⁵¹ KLABBERS, Jan. *International Law*. New York: Cambridge University Press, 2013, p.125.

Sobre isso, ressalta-se a opinião do Reino Unido, constante no Documento da ONU A/62/63, p.6-7:

“It is difficult to see what would be gained by the adoption of a convention. [...] The draft articles are already proving their worth and are entering the fabric of international law through State practice, decisions of courts and tribunals and writings. They are referred to consistently in the work of foreign ministries and other Government departments. The impact of the draft articles on international law will only increase with time, as is demonstrated by the growing number of references to the draft articles in recent years. This achievement should not be put at risk lightly. The United Kingdom considers that there is a real risk that in moving towards the adoption of a convention based on the draft articles old issues may be reopened. This would result in a series of fruitless debates that may unravel the text of the draft articles and weaken the current consensus. It may well be that the international community is left with nothing. [...] Even were a text to be agreed, it is unlikely that the text would enjoy the wide support currently accorded to the draft articles. [...] If few States were to ratify a convention, that instrument would have less legal force than the draft articles as they now stand, and may stifle the development of the law in an area traditionally characterized by State practice and case law. In fact, there is a significant risk that a convention with a small number of participants may have a de-codifying effect, may serve to undermine the current status of the draft articles and may be a “limping” convention, with little or no practical effect”.

¹⁵² GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS. Seventy-first session. *Responsibility of States for International wrongful acts* (Agenda item 74), 2016. “*Reiterating past positions on the question of a convention, delegations stressed that while areas of uncertainty and disagreement remained, moves towards adopting a convention would be premature and counterproductive*”. Sobre isso, vide também o documento A/RES/71/133.

conclusão dessa convenção. Mas diante das alternativas e do perigo de se replicar os quarenta anos de trabalho da CDI na matéria, com o risco de diminuir sua eficácia e efetivação, esse parece ser o único caminho evolutivo¹⁵³.

2.2. Os Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos da Comissão de Direito Internacional

O projeto adotado pela CDI é constituído por cinquenta e nove artigos, divididos em quatro partes e dez capítulos. A primeira parte, em seu capítulo I versa sobre princípios gerais da responsabilidade; capítulo II trata da atribuição da conduta do Estado, definindo o setor público para propósitos da responsabilidade, bem como, quando a conduta de terceiros pode ser atribuída ao Estado; capítulo III refere-se aos aspectos gerais da violação das obrigações internacionais; capítulo IV concerne a elementos da responsabilidade do Estado em conexão com atos de outros Estados, o que na legislação nacional seria denominado cumplicidade e; por último, o capítulo V estabelece seis circunstâncias que excluem a ilicitude.

A segunda parte dos Artigos da CDI discorre sobre as consequências que emanam do cometimento de um ato internacionalmente ilícito. Capítulo I estipula os princípios básicos: o Estado responsável possui o dever de continuar a cumprir a obrigação violada e de cessar o ato ilícito; o capítulo II trata das formas de reparação do dano sofrido: restituição, compensação e satisfação e; capítulo III prevê a questão, alvo de controvérsia, sobre a violação de normas imperativas de direito internacional, que inclui a obrigação de todos os Estados em: levar ao fim qualquer conduta que esteja violando uma norma imperativa e recusar o reconhecimento de qualquer situação ilícita.

A terceira parte aborda a questão da implementação da responsabilidade internacional do Estado, capítulo I versa sobre o direito a invocar a responsabilidade no cenário internacional e; o capítulo II lida com as contramedidas.

A quarta e última parte contém provisões gerais, *inter alia*, o fato que os Artigos da CDI são de âmbito geral e, portanto, não excluem a possibilidade que regimes especiais

¹⁵³ CRAWFORD, James. *State Responsibility: The General Part*. UK: Cambridge University Press, 2013, p. 92.

possuam suas próprias regras em relação ao procedimento a ser realizado em caso de violação¹⁵⁴.

Portanto, subtrai-se a conclusão que, a CDI foi bem-sucedida na elaboração do DARS ao restringir seus esforços na busca pelas definições das regras básicas concernentes à responsabilidade do Estado, sem adentrar no conteúdo das obrigações, pôs-se ênfase nas regras secundárias do direito internacional, isto é, nas condições gerais previstas para o Estado ser considerado responsável por atos ou omissões internacionalmente ilícitos, e as consequências legais que emanam daí. Os artigos não pretenderam definir o conteúdo das obrigações internacionais, as quais eventuais violações dão ensejo à responsabilidade. Essa é a função das normas primárias cuja codificação consistiria em reiterar parte predominante do direito substantivo costumeiro e do direito internacional convencional¹⁵⁵.

Ademais, a responsabilidade não difere a origem das normas primárias que acarretam a responsabilidade, podem ser provenientes de contratos, convenções ou costumes, a incidência da responsabilidade independe da fonte do direito internacional. Como foi confirmado no caso *Rainbow Warrior*: “*since in the international law field there is no distinction between contractual and tortious responsibility, so that the violation of a state of any obligation of whatever origin gives rise to State responsibility*”¹⁵⁶. Em relação às violações de obrigações convencionais, as regras gerais previstas pela responsabilidade coexistem com as regras previstas pelo direito dos tratados, dispostos na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) de 1969.

Os artigos gerais sobre a responsabilidade formulados pela CDI se alicerçam em dois princípios fundamentais. O primeiro versa que aos Estados só podem ser imputados os atos que lhes são atribuíveis. O segundo retrata que os Estados só podem ser responsabilizados por atos internacionalmente ilícitos¹⁵⁷.

¹⁵⁴ KLABBERS, Jan. *International Law*. New York: Cambridge University Press, 2013, p.125: “*The rules on state responsibility in EU law depart considerably from the general rules formulated by ILC, so much so that it is sometimes held that the EU is a ‘self-contained’ regime, more or less hermetically sealed off from international law*”.

¹⁵⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Comentários gerais sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos submetidos à Assembleia Geral das Nações Unidas anexo à Resolução 56/83, 2001. A razão pela qual a CDI fez essa distinção foi para que se focasse na responsabilidade *per se*, caso contrário, seu projeto sobre a responsabilidade seria constantemente desviado por tentativas não só para dizer aos Estados como cumprir suas obrigações, como também, para dizer quais seriam essas obrigações.

¹⁵⁶ France-New Zealand Arbitration Tribunal, *Rainbow Warrior*, 82 I.L.R. 500 (1990), 551.

¹⁵⁷ KLABBERS, Jan. *International Law*. New York: Cambridge University Press, 2013, p.126. Cf. DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2.ed, Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2003, p. 779: “O fundamento do direito comum da responsabilidade internacional é então a ilicitude. Mas este não é necessariamente o único, se bem seja indiscutível que seja dominante. Pode

Artigo 1º- Todo ato internacionalmente ilícito de um Estado acarreta a sua responsabilidade internacional.

Artigo 2º- Existe ato internacionalmente ilícito do Estado quando um comportamento consistindo numa ação ou omissão¹⁵⁸:

- a) é atribuível ao Estado em conformidade com o direito internacional; e
- b) que este comportamento constitua uma violação de uma obrigação internacional¹⁵⁹.

A importância dessa disposição consiste em sua simplicidade, são exatamente os termos ocultados que permitem a maior abrangência e desenvolvimento da matéria. Como, por exemplo, o fato da responsabilidade não depender de condições como a culpa¹⁶⁰ e o dano e, de não especificar a quem a responsabilidade é devida, sendo essa retratada como uma situação objetiva frente o cometimento de um ato ilícito. Nas palavras do relator especial, James Crawford, “*state responsibility is predicated on a principle of ‘objective’ liability, in the sense that once the breach of an obligation owed under a primary rule of international law is established, this is prima facie sufficient to engage the secondary consequences of responsibility*”¹⁶¹.

Os Artigos da CDI não diferem a responsabilidade criminal da civil¹⁶², como ocorre nos sistemas jurídicos nacionais, houve inclusive uma tentativa de inserir o conceito

acontecer, por exemplo, que os sujeitos de direito prevejam expressamente uma solução diferente, por exemplo uma responsabilidade objetiva ou uma responsabilidade partilhada na base de considerações de oportunidade. Por outro lado, podemos interrogar-nos sobre a existência de uma responsabilidade pelas consequências prejudiciais das actividades que não estão interditas pelo direito internacional mesmo na ausência de qualquer tratado”.

¹⁵⁸ Como ilustram os autores, DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2.ed, Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2003, p. 781: O caso do Estreito de Corfu, 1949, exemplifica a atribuição da responsabilidade tanto por omissão quanto por uma ação. O CIJ “considerou que a responsabilidade da Albânia lhe era atribuível porque ela *não tinha* comunicado a presença de minas nas águas deste estreito internacional ao passo que a do Reino Unido também o era porque *tinha* procedido por sua própria iniciativa à desminagem nas águas territoriais albanesas”.

¹⁵⁹ Comissão de Direito Internacional citada neste trabalho em inglês como: International Law Commission. *Articles on State Responsibility*. 2001, article 1º-2º.

¹⁶⁰ A questão da omissão da culpa como requisito para violação de uma obrigação internacional é bem pontuada pela Dinamarca em seus comentários para a CDI, em 1998: “*To accept fault as a general condition in establishing responsibility would considerably restrict the possibility of a State being held responsible for the breach of an international obligation. Moreover, proof of wrongful intent or negligence is always very difficult. In particular, when this subjective element has to be attributed to the individual or group of individuals who acted or failed to act on behalf of a State, its research becomes uncertain and elusive. If the element of fault is relevant in establishing responsibility, it already follows from the particular rule of international law governing that situation, and not from being a constituent element of international responsibility*”. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1998_v2_p1.pdf.

¹⁶¹ CRAWFORD, James. *State Responsibility: The General Part*. UK: Cambridge University Press. 2013, p.61.

¹⁶² Cf. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.566: “[...] em vez de tentar transpor para o direito internacional a

de crime internacional no projeto, mas provocou tanta controvérsia e oposição que foi abandonado para que fosse possível a adoção do DARS, uma vez que existe pouca ou nenhuma prática estatal que apoie a noção de punir ou penalizar o Estado. Entretanto, isso não impede o direito internacional de responder apropriadamente aos diferentes tipos de violações e seus impactos em outros Estados, nas pessoas e na ordem jurídica internacional. Ademais, em uma tentativa de suprir a falta dessa diferenciação, o DARS prevê, nos artigos 40 e 41, consequências relacionadas a graves violações de normas imperativas de direito internacional, que envolvem um descumprimento crasso ou sistemático de uma obrigação do Estado. A principal consequência de tais violações é a obrigação de todos os outros Estados não reconhecerem como lícita a situação criada, ou não colaborarem ou auxiliarem com a sua perpetuação. Além disso, os Estados devem cooperar para colocar um fim na violação por meios legais¹⁶³.

O princípio da atribuição da responsabilidade exige o Estado pelos atos de particulares, mesmo que desempenhados por seus nacionais ou residentes, isto posto, o Estado só responderá pelos atos dos seus órgãos e oficiais, ainda que cometidos fora de suas competências (*ultra vires*). A teoria subjacente a esse princípio se sustenta sobre a premissa que o Estado possui controle sobre seus órgãos e oficiais no exercício de suas funções¹⁶⁴. A responsabilidade é atribuída ao Estado independentemente do órgão ser federal ou estadual, de sua função (legislativa, executiva ou judiciária), ou da posição que ocupa no sistema organizacional do Estado (desde a mais relevante a mais subalterna)¹⁶⁵.

O segundo fundamento da responsabilidade do Estado é a violação de uma obrigação internacional, para tanto deve existir um comportamento que viole uma norma internacional seja consuetudinária ou convencional¹⁶⁶, não servindo como escusa a lícitude no direito interno¹⁶⁷.

distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, poder-se-ia distinguir, tão somente, entre responsabilidade compensatória e responsabilidade sancionatória. Uma mesma conduta por parte de um sujeito de direito internacional pode dar lugar aos dois tipos de responsabilidade”.

¹⁶³ CRAWFORD, James. *State Responsibility: The General Part*. UK: Cambridge University Press. 2013, p.53.

¹⁶⁴ Cf. KLABBERS, Jan. *International Law*. New York: Cambridge University Press, 2013, p.126. Não se espera que o Estado controle os atos de seus órgãos e oficiais na sua esfera privada.

¹⁶⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Articles on State Responsibility*, 2001.

¹⁶⁶ Em relação à alegação de uma norma convencional, pressupõe-se que o Estado faça parte dessa Convenção, pois, caso contrário, nenhuma obrigação do tratado lhe pode ser imposta.

¹⁶⁷ Diante disso, Klabbers infere que o Estado não pode ser responsabilizado por atividades que causam danos, mas que não são ilícitas, o autor cita o exemplo da execução da pena de morte em um estrangeiro, o Estado que prevê essa pena e que não faz parte de nenhum tratado que a proíbe, não pode ser responsabilizado pela execução de um condenado, mesmo que disso decorra o dano. Não obstante, existem

De acordo com o artigo 3 do DARS, a caracterização de uma conduta como lícita ou não é uma função autônoma do direito internacional. A CDI se fundamentou numa jurisprudência há muito firmada e sedimentada¹⁶⁸, de que um Estado não pode se aproveitar do seu direito interno para justificar uma violação ou para se eximir de uma obrigação internacional. Essa regra também foi abarcada pela CVDT e nenhum Estado lhe fez oposição.

De acordo com a ideia clássica e tradicionalista do direito internacional, a responsabilidade se limitava à extensão do dano. Essa aceção era própria de um cenário internacional voluntarista constituído por soberanias justapostas, limitadas unicamente pelo princípio da igualdade, em que a noção de “ordem internacional pública” era inexistente. A partir da evolução do direito internacional, do reconhecimento das normas de *jus cogens*¹⁶⁹ e da conseqüente relativização da soberania, a concepção da responsabilidade do Estado deixou de depender do dano para decorrer unicamente da violação de uma obrigação internacional, uma vez que, passou a ser do “interesse da comunidade internacional que o direito seja respeitado”, independentemente de eventuais conseqüências¹⁷⁰.

Dessa forma, cabe às normas primárias determinar se a existência de um dano é necessária para acarretar ou não uma violação. Pode ocorrer que algumas regras primárias exijam o dano como pré-requisito definido, *e.g.* Princípio 2 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: “os Estados [...] têm [...] a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou seu controle não causem *danos* ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional”¹⁷¹. Ressalta-se, portanto, que o intuito do DARS não foi negar a importância do dano (moral e material) para os vários propósitos da responsabilidade, foi simplesmente negar que existe

exceções no direito internacional, o mesmo autor, descreve a hipótese em que o Estado é responsável pelos danos causados por satélites lançados em órbita, mesmo que lançar e manter satélites seja lícito. Sobre isso vide: Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects. Cf. KLABBERS, Jan. *International Law*. New York: Cambridge University Press, 2013, p.127.

¹⁶⁸ Entre os casos citados pela CDI estão: SS Wimbledon, 1923 (PCIJ); Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, 1949 (CIJ); ELSI, 1989 (CIJ).

¹⁶⁹ Normas imperativas e inderrogáveis de direito internacional geral, reconhecidas pela comunidade internacional como um todo, que foram positivadas, em 1969, pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

¹⁷⁰ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2.ed, Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2003, p.778.

¹⁷¹ ONU. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. (grifou-se).

uma exigência categórica de dano moral ou material para que uma norma de direito internacional possa acarretar a responsabilidade do Estado¹⁷².

Assim como no direito interno, o direito internacional prevê causas excludentes da antijuridicidade que ocorrem em circunstâncias excepcionais e afastam a responsabilidade do Estado. A CDI elenca as justificativas que ensejam a preclusão da ilicitude, nos artigos 20 a 25, do DARS, sendo essas: o consentimento, a legítima defesa, as contramedidas, a força maior e o caso fortuito, o perigo extremo e o estado de necessidade.

Nos ensinamentos de Ferreira de Almeida, o consentimento é dado pelo Estado vítima, deve ser válido (desprovido de vícios¹⁷³), claro e inequívoco, não pode ser presumido¹⁷⁴, deve ser atribuível ao Estado e não surte efeitos quando contraria normas imperativas de direito internacional, *jus cogens*¹⁷⁵.

O consentimento acentua a distinção entre rescisão ou suspensão de uma obrigação e a mera preclusão da ilicitude. Estados podem rescindir ou suspender um tratado por consentimento e, portanto, rescindir ou suspender as obrigações que emanam desse. Mas esse não é o caso do consentimento previsto pelo artigo 20 do DARS, em que as obrigações primárias continuam a reger a relação entre os dois Estados, sendo a antijuridicidade dispensada, somente, quanto à ocasião ou propósito consentido¹⁷⁶.

A legítima defesa deve respeitar os pressupostos estabelecidos no artigo 51 da Carta das Nações Unidas, ser proporcional e fazer um uso defensivo da força¹⁷⁷. Em relação às obrigações previstas pelo direito internacional humanitário e às normas inderrogáveis de direitos humanos, a legítima defesa não preclui a ilicitude da conduta. “*A State acting in self-defence is totally restrained by an international obligation if that obligation is expressed or intended to apply as a definitive constraint even to States in armed conflict*”¹⁷⁸.

¹⁷² CRAWFORD, James. *State Responsibility: The General Part*. UK: Cambridge University Press. 2013, p. 59.

¹⁷³ Cf. ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito internacional público*, 2.ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2003. O consentimento pode ser viciado por erro, fraude, corrupção ou coerção.

¹⁷⁴ O consentimento não pode ser presumido, porém, pode ser tácito ou implícito.

¹⁷⁵ ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito internacional público*, 2.ed, Coimbra: Coimbra, 2003.

¹⁷⁶ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Comentários gerais sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos submetidos à Assembleia Geral das Nações Unidas anexado à Resolução 56/83, 2001, artigo 20.

¹⁷⁷ ONU. (1945) Carta das Nações Unidas. A legítima defesa deve ser cumprir com os requisitos de proporcionalidade e necessidade.

¹⁷⁸ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Comentários gerais sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos submetidos à Assembleia Geral das Nações Unidas anexado à Resolução 56/83, 2001, artigo 21.

As contramedidas, mesmo que infrinjam uma obrigação internacional deixam de ser ilícitas uma vez que constituem uma resposta “a um fato internacionalmente ilícito, praticado, num momento anterior, por outro Estado”¹⁷⁹. O DARS destina o capítulo II da Parte 3 à definição de quando as contramedidas serão lícitas, seus limites, condições, quais as obrigações não podem ser afetadas por essa medida, ressaltando que devem ser proporcionais e cessadas assim que o Estado infrator cumprir com suas obrigações.

A força maior requer a realização de três requisitos para incidir e precluir a ilicitude do ato: força irresistível ou evento fortuito; que não pode ser controlado pelo Estado; tornando materialmente impossível, ante as circunstâncias, cumprir a obrigação. Ressalta-se que o Estado não pode ter contribuído para a ocorrência da excludente.

O perigo extremo se configura quando um agente do Estado viola o direito internacional porque não vislumbrou outro meio de salvar-se ou de salvar as pessoas sob o seu encargo, porém, se faz necessária a observância da proporcionalidade entre o bem protegido e o direito violado¹⁸⁰.

Por último, o estado de necessidade se caracteriza pela ameaça a um interesse essencial do Estado. Para se proteger, o Estado vítima pode violar o direito internacional, desde que se assegure de não ameaçar interesse essencial do outro Estado e de que esta é a única forma de se proteger da ameaça¹⁸¹.

Em relação às consequências da responsabilidade do Estado, o artigo 30 e 31 do DARS identificam duas obrigações principais que decorrem do ato ilícito internacional, nomeadamente, a obrigação de cessar a conduta ilícita e a obrigação de reparar integralmente pelo dano causado¹⁸². Idealmente, o Estado deve restituir e restaurar a situação a seu *status quo ante*. O TPIJ elucidou esse axioma nos seguintes apontamentos: “*the essential principle contained in the actual notion of an illegal act . . . is that*

¹⁷⁹ ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito internacional público*, 2.ed, Coimbra: Coimbra, 2003, p. 238. Exemplos de contramedidas são embargos comerciais, a denúncia ou suspensão de tratados internacionais, entre outros.

¹⁸⁰ ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito internacional público*, 2.ed, Coimbra: Coimbra, 2003.

¹⁸¹ ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito internacional público*, 2.ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

¹⁸² International Law Commission. *Articles on State Responsibility*, 2001.

Article 30 Cessation and non-repetition:

The State responsible for the internationally wrongful act is under an obligation:

(a) to cease that act, if it is continuing; (b) to offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require.

Article 31 Reparation:

1. The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act. 2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State.

*reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it – such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law”*¹⁸³.

Portanto, o direito costumeiro prevê que, se não incidir causa de exclusão de ilicitude, o Estado tem o dever de cessar o ato ilícito e de garantir que este não irá se repetir. O artigo 34 determina as formas de reparação, “a reparação integral do prejuízo causado pelo ato internacionalmente ilícito toma a forma de restituição, indenização e satisfação, separada ou conjuntamente”¹⁸⁴.

Como supramencionado, a restituição almeja apagar todas as consequências decorrentes do ato ilícito, deve acontecer sempre que possível, é a reparação ideal. Só é substituída por outra modalidade de reparação quando a sua execução é impossível, ou seja, quando os efeitos da conduta forem irreversíveis. Ressalta-se, que o artigo 35 afasta sua aplicabilidade nos casos em que a restituição integral gerar um “encargo fora de qualquer proporção com a vantagem que derivaria da restituição, mais que da indenização”¹⁸⁵.

O pagamento de uma indenização, apesar de não ser a modalidade privilegiada, é a modalidade mais recorrente. A sua função é responder às verdadeiras perdas causadas pelas violações internacionais, aquelas que não podem ser reparadas, como as mortes de prisioneiros, os danos ambientais, a destruição de propriedades. Como a restituição torna-se inexecutável, a única forma restante é uma compensação, usualmente, monetária.

Já a satisfação é aplicada nos casos em que o ato do Estado causou um dano moral, que não pode ser quantificado, é uma reparação moral, que pode consistir no reconhecimento da violação, no arrependimento expresso ou em desculpas apresentadas pelo Estado¹⁸⁶. Importante destacar que, a função da reparação não é punir, mas restaurar, e

¹⁸³ Permanent Court of International Justice. *Chorzów Factory case*. (Germany v. Poland). Merits. 1928.

¹⁸⁴ International Law Commission. *Articles on State Responsibility*, 2001.

¹⁸⁵ International Law Commission. *Articles on State Responsibility*, 2001, article 35.

¹⁸⁶ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2.ed, Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2003.

isso, por sua vez, baseia-se na ideia que “*it is somehow inappropriate to punish the sovereign*”¹⁸⁷. Dessa forma, no caso da satisfação, essa não pode ser humilhante.

A responsabilidade do Estado surge diante da violação de uma obrigação internacional independentemente da sua invocação por outro Estado, não obstante, é necessário especificar quando e como um Estado pode agir para assegurar que as violações cessem e a reparação seja imputada ao Estado responsável. De acordo com o artigo 42 do DARS, o Estado lesado pode invocar a responsabilidade de outro Estado quando possui um direito ao cumprimento da obrigação (como no caso de um tratado bilateral); quando um Estado for afetado por uma obrigação da qual faz parte, mesmo que não possa ser considerado que essa lhe é devida individualmente (como a poluição do alto-mar em violação à Convenção do Direito do Mar); quando o cumprimento da obrigação é condição necessária para o seu cumprimento por todos os outros Estados, as chamadas obrigações interdependentes (como é o caso dos tratados de desarmamento ou de controle de armas)¹⁸⁸.

O artigo 48 do DARS prevê a possibilidade da invocação da responsabilidade ante a ausência de um dano direto, quando a obrigação violada protege interesse coletivo de um grupo de Estados ou o interesse da comunidade internacional como um todo. Entretanto, as soluções que podem ser reivindicadas nesse caso são restritas, os Estados não lesados só podem exigir a suspensão do ato ilícito e a garantia da não repetição. A reparação só pode ser requerida em nome do Estado lesado ou dos beneficiários da obrigação violada.

A existência dessas normas comunitárias de interesse da comunidade internacional como um todo foi confirmada pela CIJ no paradigmático caso *Barcelona Traction*, quando declara que em relação às obrigações *erga omnes*, todos os Estados podem ter o interesse legal no cumprimento desses direitos¹⁸⁹.

Para que um Estado lesado invoque a responsabilidade de outro Estado, faz-se necessário uma notificação da reclamação, especificando a conduta que o Estado responsável deveria realizar para cessar o ato ilícito, se esse permanece ou é continuado, e qual a forma de reparação a ser desempenhada. Em relação à admissibilidade das

¹⁸⁷ KLABBERS, Jan. *International Law*. New York: Cambridge University Press, 2013, p.131.

¹⁸⁸ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Comentários gerais sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos submetidos à Assembleia Geral das Nações Unidas anexado à Resolução 56/83, 2001, artigo 42.

¹⁸⁹ Sobre isso: INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona Traction, Light & Power Company, Limited* (Spain v. Belgium). Second Phase, 1970, p.3,32.

Sobre isso: International Law Commission. *Articles on State Responsibility*, 2001.

invocações, o artigo 44, dos artigos da CDI, dispõe que a responsabilidade do Estado não pode ser invocada se a reclamação não possui concordância com as regras aplicáveis sobre a nacionalidade das reclamações¹⁹⁰; ou a reclamação se sujeita a norma de esgotamento dos recursos internos e os remédios nacionais aplicáveis não foram exauridos. Essas condições independem dos requisitos de admissibilidade dos tribunais internacionais, que a CDI não abordou, as exigências feitas pelo artigo 44 são para invocar a responsabilidade *per se*, independentemente de outros requisitos jurisdicionais¹⁹¹.

Existem determinadas situações que implicam na perda do direito de invocar a responsabilidade, sendo essas: a renúncia e a aquiescência, previstas no artigo 45 do DARS. A renúncia é a manifestação por um Estado de sua intenção em dispensar um direito ou uma reclamação. Atualmente, tem se admitido a renúncia implícita, mas para que isso ocorra, as ações do Estado lesado devem ser inequívocas. Em relação às obrigações *erga omnes*, mesmo que o Estado lesado escolha renunciar seu direito de invocar a responsabilidade pela violação de um direito que atinge toda a comunidade internacional, esse não pode impedir que outro Estado a reclame, sob os auspícios do artigo 48 do DARS. Outro ponto importante é que a renúncia só vincula o Estado se foi feita por uma pessoa ou instituição que possui poderes para representá-lo¹⁹².

A aquiescência reflete a noção que a inação por parte do Estado em situações que se exige uma resposta pode levar à perda do direito ou da reclamação. Nesses casos, o silêncio é considerado um consentimento implícito. Para que a aquiescência se configure, faz-se imprescindível uma análise caso a caso do decurso temporal necessário de inatividade do Estado lesado e, além disso, a inação por parte desse deve ocorrer em circunstâncias que exigiam alguma ação¹⁹³.

A efetivação da implementação da responsabilidade pode ocorrer pelas vias da negociação, arbitragem ou pelos tribunais internacionais. A CIJ tem sido o meio ordinário pelo qual os Estados buscam efetivar a responsabilidade internacional.

¹⁹⁰ Esta é uma regra de direito internacional que define que o Estado tem o direito de exercer proteção diplomática ou prestar reclamação somente em nome de seus nacionais.

¹⁹¹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Comentários gerais sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos submetidos à Assembleia Geral das Nações Unidas anexado à Resolução 56/83, 2001.

¹⁹² CRAWFORD, James. *State Responsibility: The General Part*. UK: Cambridge University Press. 2013.

¹⁹³ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Comentários gerais sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos submetidos à Assembleia Geral das Nações Unidas anexado à Resolução 56/83, 2001.

Por fim, a CDI, em consenso geral, reconheceu a necessidade de regulamentar, no projeto de Artigos, as relações entre esse a Carta das Nações Unidas (CNU), uma vez que, esta é considerada a principal convenção da ordem mundial do sistema internacional moderno, dispendo em seu artigo 59 que, “*these articles are without prejudice to the Charter of the United Nations*”¹⁹⁴.

2.2.1. Responsabilidade Internacional Compartilhada

Existe, tradicionalmente, uma tendência em contemplar a responsabilidade internacional como, em primeiro lugar, essencialmente uma questão bilateral, sem amplas consequências para terceiros ou para o sistema internacional como um todo e, em segundo lugar, como essencialmente uma questão interestatal, separada das questões das relações entre Estados e indivíduos ou corporações, ou das organizações internacionais. Essa abordagem funciona suficientemente bem para tratados bilaterais entre Estados ou para violações de regras gerais de direito internacional (que possuem uma aplicação essencialmente bilateral no âmbito das relações intergovernamentais). Mas o direito internacional agora possui uma gama de regras que não podem ser diluídas em frações de relações bilaterais entre Estados, uma vez que abarcam um alcance muito mais amplo. Diante disso, e da eclosão de novos atores cada vez mais influentes e atuantes, das vicissitudes que acarretam, como é o caso das EMSPS, Crawford aponta para o problema de como esse novo cenário internacional pode se acomodar na estrutura tradicional da responsabilidade do Estado, reconhecendo que a tentativa de desenvolver o direito da responsabilidade para além dos paradigmas tradicionais foi o maior desafio enfrentado pela CDI, e constitui um dos campos mais fascinantes com um desenvolvimento vertiginoso, porém ainda precário, da ordem internacional¹⁹⁵.

Tratados de direitos humanos não se encaixam nesse modelo bilateral, e o mesmo se aplica a outros tratados que se fundamentam em princípios e normas de interesse da comunidade internacional como um todo. Portanto, quando o interesse comum da comunidade internacional está em risco, ou quando o interesse coletivo está ameaçado, o

¹⁹⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Comentários gerais sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos submetidos à Assembleia Geral das Nações Unidas anexo à Resolução 56/83, 2001.

¹⁹⁵ CRAWFORD, James; OLLESON, Simon. The Nature and Forms of International Responsibility in EVANS, Malcolm D. International Law. (ed.) *International Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p.469.

artigo 48 do DARS permite que terceiros invoquem a responsabilidade por violações do Estado. Essa ideia, que qualquer Estado pode alegar a responsabilidade de outro Estado em defesa do interesse da comunidade internacional simboliza uma evolução, uma vez que, representa um nítido distanciamento do sistema tradicional horizontal de relações bilaterais¹⁹⁶.

Existe também a multilateralidade característica de determinados contextos, que implicam numa atuação conjunta dos Estados, *e.g.* o caso das operações militares multinacionais abordadas por este trabalho, em que a responsabilidade pode ser compartilhada entre dois ou mais Estados e atores não-estatais.

Em relação aos Estados, podem se distinguir três situações em que essa responsabilidade compartilhada se constitui, a primeira, os Estados cometem atos ilícitos distintos e independentes que acarretam o mesmo dano, nesse caso, cada Estado é responsável pelo próprio ato ilícito e são concorrentemente responsáveis. Porém da perspectiva do Estado lesado, a responsabilidade pelo dano é compartilhada entre os Estados infratores¹⁹⁷.

A segunda situação ocorre quando uma única conduta é atribuível a mais de um Estado, quando, por exemplo, um órgão de um Estado recebe instruções do seu próprio Estado e de outro, ou quando mais de um Estado comanda um único órgão, o ato é compartilhado, bem como, a responsabilidade resultante. Exemplo prático se traduz no caso Nauru, em que Austrália, Nova Zelândia e Reino Unido foram designados como Autoridade conjunta para exercer a administração de Nauru, por conseguinte, os atos da Autoridade podiam ser atribuídos aos três Estados.

A terceira se perfaz numa categoria que consiste em situações em que um Estado comete um ato ilícito em conjunto com outro Estado. Esta categoria engloba muitas situações, mas para propósitos analíticos e aplicando uma perspectiva reducionista, pode-se

¹⁹⁶ KLABBERS, Jan. *International Law*. New York: Cambridge University Press, 2013, p.132. Essa teoria é a mesma que fundamenta o *jus cogens* no direito internacional. Essa evolução foi confirmada pela primeira vez no caso Barcelona Traction, 1970, em que a CIJ afirmou que existem algumas obrigações que são impostas à comunidade internacional como um todo e, por tanto, *erga omnes*.

¹⁹⁷ NOLLKAEMPER, André. "Issues of Shared Responsibility Before the International Court of Justice" in RIETER, Eva; WAELE, Henri de. (ed.) *Evolving Principles of International Law: Studies in Honour of Karel C. Wellens*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

dizer que essa situação ocorre baseando-se no relacionamento entre os Estados infratores, quando atuam em colaboração, auxílio e assistência¹⁹⁸.

A CIJ foi confrontada com questões que envolviam a responsabilidade compartilhada dos Estados, mas sua contribuição para os princípios dessa modalidade de responsabilidade tem sido limitada. No supramencionado caso Nauru, em que a Austrália levantou a questão sobre a responsabilidade dos três Estados, se seria conjunta e solidária, “so that any one of the three would be liable to make full reparation for damage flowing from any breach of the obligations of the Administering Authority, and not merely a one-third or some other proportionate share”¹⁹⁹, a Corte deixou a pergunta sem resposta, ante o acordo realizado entre as partes²⁰⁰.

Em outros contextos, o Estado pode ser responsabilizado juntamente com uma organização internacional. Os princípios gerais que regem a responsabilidade dos Estados e das organizações internacionais por suas condutas estão previstas em seus respectivos artigos compilados pela CDI²⁰¹, a título de ilustração, ressalta-se, aqui, os casos em que Estados-membros suportam a responsabilidade pela conduta da organização, e os que a responsabilidade é acionada pela conduta dos órgãos do Estado quando atuam sob o controle da organização internacional.

O primeiro caso é particularmente relevante para as partes violadas que buscam contornar as dificuldades causadas pela falta de mecanismos internacionais impositivos da responsabilidade das organizações. De acordo com os ordenamentos disponíveis sobre a matéria, infere-se que o Estado não é responsável pelos atos ilícitos cometidos por uma organização internacional da qual seja membro, mas se aceita a responsabilidade em relação à parte violada ou leva a parte a confiar na sua responsabilidade, nesses casos, será responsabilizado. De acordo com o artigo 62, dos artigos da CDI sobre a responsabilidade

¹⁹⁸ NOLLKAEMPER, André. “Issues of Shared Responsibility Before the International Court of Justice” in RIETER, Eva; WAELE, Henri de. (ed.) *Evolving Principles of International Law: Studies in Honour of Karel C. Wellens*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p.203.

¹⁹⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain Phosphate Lands in Nauru* (Nauru v. Australia). Judgment, 26 June 1992, para.48.

²⁰⁰ NOLLKAEMPER, André. “Issues of Shared Responsibility Before the International Court of Justice” in RIETER, Eva; WAELE, Henri de. (ed.) *Evolving Principles of International Law: Studies in Honour of Karel C. Wellens*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p.200-237.

²⁰¹ DARS, constantemente referido neste trabalho, e DARIO (*Draft Articles on Responsibility of International Organizations*) adotado pela CDI, em segunda leitura, em junho de 2011.

da organização internacional, presume-se que a responsabilidade internacional do Estado é subsidiária e não afeta a responsabilidade da organização internacional²⁰².

No segundo caso, as dificuldades surgem quando o Estado que disponibilizou o órgão o mantém, concomitantemente, sob algum controle. Portanto, continua agindo como um órgão do Estado, ao mesmo tempo, que está em serviço para a organização. A abordagem dos tribunais, nesse caso, tem sido ambivalente, particularmente em relação às violações de direitos humanos decorrentes de operações internacionais militares. Ilustrando, a decisão da Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos, em *Bosphorus v. Ireland* (2005)²⁰³, de que mesmo transferindo poderes soberanos para uma organização internacional com propósitos cooperativos, o Estado permanece responsável por todos os atos e omissões de seus órgãos. Em contrapartida, dois anos depois, a mesma Corte, em *Behrami e Saramati*²⁰⁴, aplicou o teste do “*ultimate authority and control*” para decidir que a conduta em questão era atribuível à ONU, não aos Estados demandados.

O aumento crescente de atuações conjuntas e cooperações entre os Estados, organizações internacionais, ONGs e outros atores não-estatais (incluindo-se aí as EMSPs), resultando em responsabilidade múltipla, denota que provavelmente outras questões como essas chegarão à CIJ e a outros tribunais internacionais. No entanto, os procedimentos essencialmente bilaterais militam contra uma apreciação completa de aspectos relevantes. Para Nollkaemper, a problemática da responsabilidade compartilhada é mal teorizada e mal explorada, e a jurisprudência de outras cortes, juntamente com a contribuição da CIJ, pode ajudar a estabelecer um melhor entendimento e aplicação dessa responsabilidade dos Estados²⁰⁵.

Outro desafio, que a responsabilidade do Estado e os tribunais internacionais têm se deparado nessa progressiva conjuntura internacional, decorre da eclosão de atores não-estatais em atuação conjunta e cada vez mais constante com os Estados e com as organizações internacionais. Entre esses atores, o objeto central deste estudo, as EMSPs, que atuam conjuntamente com o Estado em circunstâncias complexas, exercendo competências que, muitas vezes, envolvem autoridade governamental ou uso da força,

²⁰² INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft Article on Responsibility of International Organizations*, 2011.

²⁰³ *Bosphorus Hava Yollari v. Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, (2006) ECtHR 45036/98.

²⁰⁴ *Behrami v. France; Saramati v. France, Germany and Norway*. (2007) 133 ILR 1.

²⁰⁵ NOLLKAEMPER, André. “Issues of Shared Responsibility Before the International Court of Justice” in RIETER, Eva; WAELE, Henri de. (ed.) *Evolving Principles of International Law: Studies in Honour of Karel C. Wellens*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p.237.

suscetíveis, por conseguinte, a cometer violações de obrigações internacionais e serem responsabilizadas por suas condutas sem prejuízo da responsabilização do Estado na medida do seu envolvimento e cumplicidade.

Diante disso, resta incontestável a importância da responsabilidade internacional como zeladora do direito internacional, garantindo a sua efetividade prática no cumprimento das normas primárias internacionais. E da necessidade de se manter o seu processo evolutivo, seu constante desenvolvimento, diante das transformações vertiginosas das relações entre os diferentes e novos sujeitos do direito internacional. Nas palavras do jusinternacionalista Jónatas Machado, “o direito da responsabilidade internacional pretende, acima de tudo, garantir a consolidação de uma *comunidade internacional de direito*”²⁰⁶. Isto posto, passa-se a analisar a responsabilidade internacional dos Estados pelas violações cometidas pelas empresas militares e/ou de seguranças privadas²⁰⁷.

²⁰⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.591.

²⁰⁷ International Law Commission. *Articles on State Responsibility*, 2001.

3. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO E SUA RELEVÂNCIA PARA AS EMPRESAS MILITARES E/OU DE SEGURANÇA PRIVADAS

A priori, mister se faz ressaltar que o poder de coerção e o uso da força armada são uma atribuição soberana do Estado, tanto *ad intra* (para proteger a ordem pública, por meio da polícia) como *ad extra* (no âmbito da segurança externa, por intermédio das forças armadas). É o supramencionado monopólio estatal da violência. Isto posto, a privatização do setor militar não pode elidir a responsabilidade última no plano internacional do Estado soberano ou coletivamente dos Estados que contratam, sediam e recebem empresas que exercem atividades militares e de segurança²⁰⁸.

Por conseguinte, o presente capítulo intenta analisar os efeitos que os atos ilícitos cometidos pelas EMSPs e seus empregados podem produzir na responsabilidade internacional do Estado. Objetivando verter perspicuidade no que os autores consideram ser uma lacuna do direito ao examinar quais normas internacionais podem se aplicar nessas situações.

3.1. A Responsabilidade do Estado por Atos Ilícitos das EMSPs no Relatório da Comissão de Direito Internacional e no Direito Internacional Costumeiro

A máxima da responsabilidade do Estado versa que esse somente é responsável por seus próprios atos e não pelos atos de todos os seus nacionais ou de todas as pessoas em seu território. Posto que, o Estado *per se* é uma entidade abstrata que só pode agir por meio de pessoas que o representam, o direito da responsabilidade do Estado delimita quem são essas pessoas e quando suas infrações podem desencadear a responsabilidade internacional do Estado²⁰⁹.

Não obstante, em certas circunstâncias, atos cometidos por pessoas ou entidades privadas podem, igualmente, gerar a responsabilidade do Estado. Existem,

²⁰⁸ ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí” in JORDA, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013, p. 362. “*En otras palabras, los Estados, a la vez que ceden sus competencias en materia de seguridad a empresas privadas extranjeras, tienen la obligación insoslayable de articular mecanismos jurídicos y procesales para establecer la responsabilidad de estas empresas. En caso contrario, su inacción genera responsabilidad internacional.*”

²⁰⁹ TONKIN, Hannah. *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 56-57.

substancialmente, duas formas dessa exceção se perfazer: pela atribuição, que ocorre mediante delegação de funções estatais essenciais e quando a entidade privada age sob instrução, direção ou controle do Estado; e em decorrência da falha em cumprir a *due diligence*, uma obrigação primária de realizar ações positivas em relação a um indivíduo ou entidade privada.

O projeto da Comissão de Direito Internacional sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, analisado no capítulo anterior, é um dos instrumentos que fundamenta a imputabilidade dos atos das Empresas Militares e de Segurança Privadas aos Estados²¹⁰. Entre os artigos do projeto os mais propensos a servirem de embasamento jurídico para a atribuição da conduta das EMSPs aos Estados são os artigos 4º, 5º e 8º, por conseguinte, trata-se de cada um desses artigos separadamente nos próximos tópicos.

3.1.1. Conduta dos Órgãos do Estado

O artigo 4º trata da responsabilidade do Estado pela conduta dos seus órgãos. De acordo com os comentários da CDI, responsável pela elaboração do projeto, esse artigo serve como ponto de partida da responsabilização do Estado por atribuição.

1. *The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.*
2. *An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State²¹¹.*

De acordo com a segunda parte desse artigo, o direito internacional confere primazia ao direito interno para determinar quais entidades são órgãos do Estado, isso decorre do reconhecimento da soberania do Estado, que possui a prerrogativa de definir suas próprias estruturas e políticas. Não obstante, essa primazia não é absoluta e, em

²¹⁰ Cf. CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p. 135: “Although these articles have never been adopted as a convention, they are ‘evidence of a source of law’. Courts and tribunals tend to rely on and apply them almost as they would a treaty and, while not without controversy, they enjoy considerable authority in international law”.

²¹¹ International Law Commission. *Articles on State Responsibility*. 2001. Article 4º.

determinadas instâncias, o direito internacional pode ser considerado para determinar outras entidades como órgãos estatais²¹².

Como este trabalho tem por escopo a análise das violações cometidas pelas Empresas Militares e/ou de Segurança Privadas, deve-se analisar quando essas empresas poderão ser consideradas órgãos dos Estados ou quando poderão ser equiparadas a órgãos dos Estados.

O artigo 4º supracitado abarca duas situações em que os atos praticados pelas EMSPs podem ser atribuídos ao Estado. A primeira situação pode ocorrer quando um Estado cria uma EMSP como um órgão estatal sob a lei doméstica, apesar de improvável, essa hipótese é uma possibilidade jurídica; ou quando incorpora uma EMSP já existente ou seus empregados em um órgão estatal, em conformidade com a lei interna, essa segunda suposição é incomum na prática dos Estados, mas pode ocorrer, inclusive, através da celebração de um contrato²¹³.

If a state concludes a contract with a private person to become a member of its armed forces, on the basis of such a domestic provision, the contract will be sufficient to declare that that person has been incorporated as a state organ [...]where PMSC employees are contractually engaged as members of the armed forces, or of any other domestic organ, in which case they will be actual organs of the state. In such cases, where the contract defines the status of the PMSC or its employees in relation to that of a state organ, the PMSC will also be considered an organ of the state in international law and, as such, its conduct will be attributable to the state²¹⁴.

Ainda que rara, a incorporação de um órgão estatal por meios contratuais já ocorreu entre a *Sandline International*, empresa militar privada, e o Estado da Papua-Nova Guiné, ao celebrarem um contrato que estipulava que os empregados da primeira seriam considerados *Special Constables*, que é uma classificação da polícia do Estado da Papua-

²¹² CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.136. Nesse sentido a CDI considerou que: “As we have already pointed out, international law is perfectly free to make or not to make the attribution of some particular conduct to the State subject of international law dependent on the fact that the individual who engaged in that conduct is or is not regarded as an organ of the State by national law. The consideration of certain acts as acts of the State in international law may be based on criteria which are both wider and more limited than the corresponding consideration in municipal law.”

²¹³ O simples fato de um Estado celebrar um contrato com uma empresa privada não faz desta um dos seus órgãos, ou seja, não a integra em seu corpo institucional ou organizacional, entretanto pode ser que uma ordem jurídica interna preveja que um contrato tenha a capacidade de incorporar uma empresa ou seus empregados a um dos seus órgãos.

²¹⁴ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p. 139.

Nova Guiné²¹⁵. Lindsey Cameron cita ainda o caso da criação de uma força de segurança recrutada, contratada e treinada por uma EMSP, mas inserida diretamente sob o comando da inteligência militar dos Emirados Árabes Unidos²¹⁶.

Thus, if a state hires a PMSC and formally enlists the PMSC personnel in the national armed forces, the acts of those individuals will be deemed acts of the hiring state. The practice of the hiring state enlisting PMSC personnel in its national armed forces was common for the combat PMSCs of the 1990s, such as Executive Outcomes and Sandline, but that practice is virtually unheard of today²¹⁷.

Nesse contexto, deve-se analisar o artigo 4º em consonância com o artigo 7º do mesmo instrumento, que determina que a conduta de um órgão de um Estado ou de uma pessoa ou entidade empoderada para exercer elementos de autoridade governamental deve ser considerada um ato do Estado sob o direito internacional se o órgão, pessoa ou entidade agir nessa capacidade, mesmo se exceder sua autoridade ou infringir instruções²¹⁸.

Não são todas as condutas de representantes dos Estados que acionam a responsabilidade estatal, atos ou omissões de órgãos ou representantes públicos não são imputáveis ao Estado quando cometidos na esfera privada²¹⁹. Todavia, se os atos ou omissões forem cometidos sob “*official capacity*”, mesmo que as violações advindas da conduta ocorram devido a interesses privados, em detrimento das instruções ou ordens do Estado ou até mesmo fora do serviço, serão imputadas ao Estado uma vez que ocorreram sob a aparência da autoridade estatal²²⁰.

²¹⁵ Sobre isso: http://pacificinstitute.anu.edu.au/sites/default/files/resources-links/PPP_30.pdf.

²¹⁶ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p. 141-142. “*The ILC Commentary on Article 4 ASR also envisages the situation of states where the status or functions of various entities may be defined by practice (through legal precedent) as well as by legislation. According to the Commentary, in such cases, reference can be made to the practice of the state, to the powers the entity concerned possesses, and also to its relations with other organs of the state*”.

²¹⁷ TONKIN, Hannah. *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p.57-58.

²¹⁸ International Law Commission. *Articles on State Responsibility*. 2001. Article 7º.

Article 7. Excess of authority or contravention of instructions

The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.

²¹⁹ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.158.

E aqui esfera privada se relaciona com o âmbito privado e a ação do cidadão, enquanto membro da pólis. Não como antônimo de esfera pública na acepção de Habermas.

²²⁰ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.158-159: e.g. “*In the Caire case, where*

Logo, a análise dos dois artigos em conjunto leva a interpretação de que o Estado incorrerá em responsabilidade internacional por qualquer conduta ilegal dessas pessoas ou entidades privadas, incorporadas ou consideradas órgãos do Estado, se for executada sob a aparência de poder público. O critério utilizado, em que a conduta deve ser revestida com a aparência de poder público, é necessário para evitar responsabilizar o Estado pelos atos de seus agentes em sua esfera privada²²¹.

Contudo, o estudo da responsabilidade do Estado em relação às EMSPs é ainda mais complexo, uma vez que, quando incorporadas às forças armadas e em situações de conflitos armados, essas estão sujeitas ao Direito Internacional Humanitário e, por conseguinte, às Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais. O conteúdo do artigo 91 do I Protocolo Adicional dispõe que: “*a Parte no conflito que violar as disposições das Convenções ou do presente Protocolo será obrigada a indenizar, se a ela houver lugar. Será também responsável por todos os atos cometidos pelas pessoas que fizerem parte das suas forças armadas*”²²².

Diante dessa disposição parte da doutrina entende que quando as EMSPs integrarem as forças armadas do Estado, não haverá necessidade de ponderar se a violação estava ou não revestida (mesmo que só aparentemente) da autoridade estatal, uma vez que nesse caso, o Estado é responsável por toda e qualquer conduta do agente²²³.

Como ressaltado acima, diante da análise da realidade internacional e dos casos encaminhados às cortes internacionais percebe-se que a criação por um Estado ou a incorporação de uma empresa militar privada a um órgão estatal é rara, contraria a própria natureza das empresas militares privadas, que extraem sua vantagem exatamente do fato de serem privadas e terceirizadas²²⁴. Singer corrobora essa assertiva: “*in fact, the very*

a French national was taken to local barracks and killed by two Mexican military officers, the arbitral tribunal held that, although the arrest of Mr Caire was done for the private purpose of extorting money from him, Mexico was responsible for the acts of the two officers ‘since they acted under cover of their status as officers and used means placed at their disposal on account of that status.’ In that case the officers had used their insignia to arrest him as if they were in fact acting on behalf of the state”.

²²¹ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.159.

²²² Convenção de Genebra. Protocolo Adicional I. 1977, artigo 91º.

²²³ Ressalta-se que o Estado é responsável pelos atos cometidos por suas forças armadas, mesmo que fora de serviço, em um contexto de conflito armado, uma vez que o direito humanitário se aplica nas circunstâncias de um conflito.

²²⁴ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013.

*rationale for many firms' success may rather be their willingness to undertake these tasks while still remaining independent from government administration*²²⁵.

Existe, ainda, outra possibilidade de enquadrar a atribuição da responsabilidade ao Estado no artigo 4º. Em algumas circunstâncias, o direito internacional pode caracterizar a empresa e seus empregados como órgãos estatais, mesmo se esse *status* não emergir do direito interno. *“This is why Article 4 ASR describes state organs as including those defined as such by internal law, rather than limiting the definition of state organs to those officially recognized or established by internal law”*²²⁶.

A Corte Internacional de Justiça declarou que somente em casos excepcionais entidades que não possuem o *status* de órgãos estatais perante o direito interno teriam esse *status* no direito internacional e, apesar de já ter examinado essa possibilidade em alguns casos (Nicarágua vs. EUA; Congo vs. Uganda; Bósnia vs. Sérvia), ainda não equiparou uma empresa militar a um órgão estatal²²⁷.

Configurada essa hipótese, o Estado seria responsável pela conduta da entidade privada assim como é dos seus órgãos internos, entretanto, isso não a tornaria parte integrante das forças armadas do Estado, logo, não estaria sujeita ao artigo 91 do I Protocolo Adicional e o Estado não estaria vinculado a todos os atos cometidos pela empresa e seus empregados.

3.1.2. Conduta de Pessoas ou Entidades Exercendo Elementos de Autoridade Governamental

O artigo 5º atribui ao Estado a responsabilização pela conduta de pessoas e entidades exercendo elementos da autoridade governamental.

*The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance*²²⁸.

²²⁵ SINGER, Peter W. *Corporate Warriors: The Rise of Privatized Military Industry*. New York: Cornell University Press, 2003, p.48.

²²⁶ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.142.

²²⁷ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.144.

²²⁸ International Law Commission. *Articles on State Responsibility*. 2001. Article 5º.

A racionalidade por trás dessa atribuição é que o Estado não pode evadir de sua responsabilidade meramente por transferir suas funções a uma entidade privada. É um princípio ditado pela lógica e amplamente reconhecido pelo direito internacional. A responsabilização estatal ocorre independentemente do ator não-estatal ter excedido suas competências ou infringido instruções²²⁹. *“When, by delegation of powers, bodies act in a public capacity, eg, Police an area [...] the principles governing the responsibility of the State for its organs apply with equal force. From the point of view of international law, it does not matter whether a State polices a given area with its own police or entrusts this duty, to a greater or less extent, to autonomous bodies”*²³⁰.

Não obstante a consistência e clareza do princípio edificador dessa atribuição da responsabilidade, decorrente da investidura da autoridade estatal a um ator privado, a sua aplicabilidade prática tem se mostrado complicada, dado que não existe um consenso internacional do que constitui o exercício da autoridade estatal²³¹.

Os próprios comentários da Comissão responsável por elaborar o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos remetem à dificuldade de se especificar o alcance da “autoridade estatal”.

*Article 5 does not attempt to identify precisely the scope of “governmental authority” for the purpose of attribution of the conduct of an entity to the State. Beyond a certain limit, what is regarded as “governmental” depends on the particular society, its history and traditions. Of particular importance will be not just the content of the powers, but the way they are conferred on an entity, the purposes for which they are to be exercised and the extent to which the entity is accountable to government for their exercise. These are essentially questions of the application of a general standard to varied circumstances*²³².

A comissão, então, sugere que a autoridade estatal seja definida mediante quatro critérios: o conteúdo dos poderes delegados; a forma como são transferidos; os propósitos

²²⁹ LEHNARDT, Chia. “Private Military Companies and State Responsibility” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.144.

²³⁰ German government, League of Nations, Conference for the Codification of International Law, Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee, Vol III, Responsibility of States for Damage caused in their Territory to the Person or Person of Foreigners (Doc.C. 75.M.69.1929.V.), p.90 (cited in ILC Commentary art.5, para.4).

²³¹ LEHNARDT, Chia. “Private Military Companies and State Responsibility” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.144.

²³² ICL, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* in Yearbook of the International Law Commission, Vol II, Part Two, 2001, art.5, para.6.

com que devem ser exercidos; em que medida a entidade privada é responsável perante o governo.

Contudo, como preleciona Chia Lehnardt, esses critérios são de aplicação limitada, visto que, no primeiro critério, o teor dos poderes não necessariamente elide a questão de saber se a atividade possui o caráter de autoridade estatal, nas palavras da autora, “*the first criterion – content of the competence in question – is essentially circular*”. No segundo, é incógnito como os meios pelos quais as atribuições são outorgadas – contratos, ordem, estatuto – podem alterar a sua natureza autoritária, inerente ao poder público. Quanto ao grau de *accountability* perante o Estado, a autora defende que esse critério, se utilizado, resultaria em consequências indesejáveis, pois, se quanto maior fosse a fiscalização estatal maior o risco do Estado ser responsabilizado pela atividade privada, o Estado não teria nenhum incentivo em manter as EMSPs obrigadas a prestar contas de suas condutas. Portanto, o melhor critério seria o que analisa os propósitos com que as competências transferidas são exercidas, baseando-se na ideia que não se deve delegar poderes estatais que servem ao interesse público²³³.

Não obstante, como a própria autora conclui, o fato que responsabilidades relacionadas a operações militares, antes vistas como funções nucleares do Estado, são agora executadas por corporações privadas indica que definir “*the degree of public interest in a given activity is an equally insurmountable task*”²³⁴.

Em vista disso, Cameron e Chateil argumentam que a noção dos elementos de autoridade governamental é totalmente conexa ao exercício dos poderes especiais do Estado e não ao interesse público geral ou ao objetivo de uma determinada atividade. Uma atividade é desempenhada com elementos de autoridade governamental quando, para a sua realização, a entidade em questão legalmente utiliza poderes públicos que não estão à disposição de indivíduos privados, poderes que estão fora do regime legal que regula transações privadas ou comerciais. São aquelas atividades que o seu exercício implica o poder de regular, restringir, supervisionar ou controlar a conduta de pessoas privadas²³⁵.

²³³ LEHNARDT, Chia. “Private Military Companies and State Responsibility” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.145.

²³⁴ LEHNARDT, Chia. “Private Military Companies and State Responsibility” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.146.

²³⁵ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013.

“Their main characteristics can be summarized as follows: first, they are based on a capacity to make unilateral decisions; secondly, the entity exercising elements of governmental authority has the legal power to constrain private individuals to comply with what has been decided, under coercion if necessary; and, thirdly, the activities exercised with elements of governmental authority are carried out in the general public interest²³⁶”.

Em relação às EMSPs em conflitos armados, é importante ressaltar que não são todas as obrigações impostas pelas Convenções de Genebra que envolvem o exercício de autoridade estatal. Especialistas jurídicos e doutrinadores concordam que quando as empresas privadas desempenham funções de combate, embargo de dinheiro ou bens, detenções e interrogatórios, exercem atividades com elementos de autoridade estatal e estão abarcadas pelo artigo 5º do projeto da Responsabilidade Internacional²³⁷.

At one end of the spectrum, activities such as command and control of armed forces, combat operations, and activities which involve gaining covert knowledge or intelligence about an adversary state, such as interrogations or spying, involve elements of governmental authority. Technical assistance in programming weapons for targeting would also fall within this rubric. At the other end of the spectrum, activities such as logistics, catering, reconstruction and delivery of goods are not activities which fit the criteria outlined above as involving elements of governmental authority, even though they are necessary to support armed forces in the field, and as such ‘essential’ to a successful military operation²³⁸.

Entretanto, existem determinadas atividades desempenhadas pelas EMSPs que suscitam controvérsia e polêmica entre os estudiosos, são aquelas atividades que não possuem uma linha definida e clara entre o ofensivo e o defensivo, entre a passividade e a coerção. *“In the grey area in the middle of the spectrum lie activities related to the provision of security – whether for reconstruction activities, convoys or military bases themselves”²³⁹.*

²³⁶ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.198.

²³⁷ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.200.

²³⁸ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p. 202. A própria comissão em seus comentários do projeto do ARS (art.5, para.2) exemplifica condutas de empresas de segurança privada que possuem elementos de autoridade estatal: *“For example, in some countries private security firms may be contracted to act as prison guards and in that capacity may exercise public powers such as powers of detention and discipline pursuant to a judicial sentence or to prison regulations. Private or State-owned airlines may have delegated to them certain powers in relation to immigration control or quarantine”.*

²³⁹ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p. 202.

A maioria dos doutrinadores entende que, normalmente, a provisão de segurança não constitui um exercício de autoridade governamental. Todavia, existem dois limites que condicionam esse entendimento. O primeiro acontece quando essas atividades ultrapassam o limiar de segurança para uma imposição coercitiva da lei (*law enforcement*)²⁴⁰. O segundo limite, ocorre em situações de conflitos armados, se configura em atividades de segurança que incorrem em uma participação direta nas hostilidades²⁴¹.

Recorda-se, nesse contexto, que assim como seu antecessor, o artigo 5º, sob análise, pode ser interpretado conjuntamente com o artigo 7º para os atos cometidos *ultra vires*, em que a empresa se aproveita do seu poder de polícia e atua em abuso de direitos ou excedendo as funções designadas, acarretando a responsabilidade internacional do Estado se a conduta for executada com aparência de autoridade estatal.

Em suma, é necessário analisar a atividade para a qual a empresa privada foi contratada, para ponderar se há elemento de autoridade estatal e, conseqüentemente, em casos de violações, responsabilidade do Estado²⁴².

3.1.3. Conduta Instruída, Dirigida ou Controlada pelo Estado

Além de ser responsável pelas condutas dos seus próprios órgãos e das pessoas ou entidades para as quais o Estado delegou o poder de exercer os elementos da autoridade governamental, o artigo 8º do projeto sobre a Responsabilidade do Estado dispõe sobre a responsabilidade pelas condutas instruídas, dirigidas ou controladas por um Estado.

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting

²⁴⁰ Cf. CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p. 202. “Guarding persons, places and things; carrying out surveillance; patrolling; and even arresting individuals (as long as only the powers of arrest accruing to the general population are relied upon) make up a part of ‘policing’ as we understand it, but they do not, without more, constitute law enforcement.”

²⁴¹ Cf. CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.202-203. “Providing security for a military base (or another object that is military in nature) in a conflict in fact entails guarding a military objective. Consequently, regardless of whether such PMSCs engage in offensive combat operations, their regular task is itself direct participation in hostilities and therefore falls under Article 5 ASR as an exercise of elements of governmental authority.”

²⁴² Consequently, the conduct of CACI and Titan at Abu Ghraib, of Executive Outcomes and Sandline International in Angola, Sierra Leone, and Papa New Guinea, and of contractors guarding the Erez crossing in Gaza would be attributed to the states that hired them. (LEHNARDT, Chia. *Private Military Companies and State Responsibility* in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.147.)

*on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct*²⁴³.

Essa atribuição é retratada pelos doutrinadores como “órgãos de fato” do Estado. Abarca situações em que os órgãos estatais complementam suas atividades com o recrutamento de pessoas privadas ou grupos que atuam como auxiliares. Incide somente sobre os atos desempenhados sob a instrução, direção ou controle do Estado, em outras palavras, é a subordinação *de facto* da pessoa ou entidade privada ao Estado que aciona a responsabilidade do Estado pelos atos ilícitos cometidos²⁴⁴. Em consonância, Eduardo Savarese avulta, “*the feature of a hierarchical subordination to the willingness of the State in essence constitutes the core of the concept of de facto organ. It is precisely this de facto subordination that may justify the equal and extraordinary treatment, for the purpose of attribution, of acts of de iure organs and those acts committed by individuals who do not have any formal link with the State*”²⁴⁵.

A responsabilidade decorrente das “instruções” importa que quem tomou a decisão de cometer o ato ilícito foi o Estado e a entidade privada somente desempenhou uma conduta previamente autorizada. Nesse caso, portanto, o Estado é responsabilizado sob os auspícios do artigo 8º. A questão é saber se o Estado tem responsabilidade quando, apesar das instruções serem lícitas, as empresas privadas infringem obrigações internacionais do Estado²⁴⁶.

De acordo com os comentários da Comissão de Direito Internacional, *a priori*, o Estado não é responsável pelas condutas ilícitas da EMSP desempenhadas na execução de uma missão lícita, mas o Estado pode ser responsabilizado se o ato ilícito foi incidental à missão, ou seja, se o ato ilícito foi cometido para auxiliar no cumprimento da missão e se o

²⁴³ International Law Commission. *Articles on State Responsibility*. 2001. Article 8º.

Cf. LEHNARDT, Chia. *Private Military Companies and State Responsibility* in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.149. Quando a CDI elaborou esse artigo estabelecendo o princípio da atribuição em virtude de instruções, direção e controle intencionou abarcar os casos em que o Estado suplementa suas ações recrutando atores privados como auxiliares sem, contudo, integrá-los no aparato estatal. O artigo determina que o mero recrutamento não é necessário para configurar a responsabilidade, é imprescindível um vínculo efetivo entre a pessoa ou o grupo privado e o Estado.

²⁴⁴ Cf. CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.211. O texto do artigo 8º indica que instrução, direção e controle são elementos disjuntivos e não cumulativos.

²⁴⁵ SAVARESE, Eduardo *apud* CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.216.

²⁴⁶ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013.

Estado aceitou a possibilidade da sua ocorrência²⁴⁷. A CDI, em seus comentários, afirma que “*such cases can be resolved by asking whether the unlawful or unauthorized conduct was really incidental to the mission or clearly went beyond it. In general a State, in giving lawful instructions to persons who are not its organs, does not assume the risk that the instructions will be carried out in an internationally unlawful way*”²⁴⁸.

Inferre-se, com essa análise, que quanto menos precisas e detalhadas forem as instruções concedidas pelo Estado, mais facilmente os atos cometidos por particulares durante a execução das instruções acarretarão em responsabilidade do Estado. Essa foi a conclusão de um *expert* durante “*The Expert Meeting on Private Military Contractors*”: “*By providing vague instructions, the State bears the risk that such instructions will be interpreted in such a way as to result in the PMC committing internationally wrongful acts [...] the vaguer the instructions are, the more likely it is that the conduct of the PMC, including international wrongful acts, will be within those instructions giving rise to State responsibility*”²⁴⁹.

Por conseguinte, faz-se imprescindível determinar se o ato ilícito foi ou não incidental à missão. Em caso afirmativo, será considerado como uma autorização do Estado. Se não foi incidental, então, o ato ilícito cometido *ultra vires* será um ato privado que não desencadeia a responsabilidade internacional do Estado²⁵⁰.

O fundamento da “direção” do artigo 8º está relacionado ao cometimento de atos ilícitos e pressupõe a subordinação da entidade privada ao Estado na consumação dessas atividades. Diferencia-se de meramente conceder instruções, pois, a direção implica em o Estado liderar os passos realizados quando do cometimento da conduta ilícita e em demonstrar como a operação deve ser conduzida²⁵¹.

Já o parâmetro do “controle” acende discussões doutrinárias e controvérsias jurisprudenciais. O cerne da polêmica reside em estabelecer qual é o nível de controle necessário que o Estado deve deter sobre as operações militares para ocasionar a sua

²⁴⁷ International Law Commission. *Articles on State Responsibility*. 2001. Article 8º.

²⁴⁸ ICL, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* in Yearbook of the International Law Commission, p.48.

²⁴⁹ Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for Their Actions, organized by The University Centre for International Humanitarian Law, Geneva. 29-30 August 2005, p.19.

²⁵⁰ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.208.

²⁵¹ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013.

responsabilidade pelas violações cometidas pela EMSP ou por um dos contratados, se um controle efetivo é imprescindível ou se um controle geral se faz suficiente²⁵².

A Corte Internacional de Justiça (CIJ), em 1986, no caso da Nicarágua v. Estados Unidos, ao analisar a questão da atuação dos *contras*²⁵³, que eram dependentes financeiramente dos Estados Unidos, decidiu que o Estado americano não poderia ser responsabilizado pela conduta do grupo militar, uma vez que o apoio financeiro não importava em um controle necessário para acarretar uma responsabilização internacional, pois, deve restar comprovado um controle efetivo das operações nas quais se cometeram violações internacionais.

Posteriormente, em 15 de julho de 1999, o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (TPIY), ao analisar a lógica das normas da responsabilidade do Estado, preleciona que o fundamento por trás da regulamentação legal é prevenir que os Estados escapem da responsabilidade internacional ao terceirizar suas funções e condutas a atores privados, ou ao alegar que indivíduos que na realidade desempenham atividades com elementos de autoridade estatal não estão classificados como órgãos do Estado perante a legislação nacional e, portanto, não induzem a responsabilidade estatal. “*In other words, States are not allowed on the one hand to act de facto through individuals and on the other to disassociate themselves from such conduct when these individuals breach international law*”²⁵⁴.

O TPIY analisa, por conseguinte, o requisito necessário para a atribuição aos Estados dos atos desempenhados por indivíduos ou grupos privados no direito internacional, concluindo, que a extensão do controle pode oscilar conforme as circunstâncias de cada caso. “*The Appeals Chamber fails to see why in each and every*

²⁵² Além das acepções antagônicas que circundam os debates acadêmicos sobre o nível do controle necessário para suscitar a responsabilidade do Estado, Lindsey Cameron e Vincent Chetail acrescentam uma terceira possibilidade de controle, que pode ser aplicada quando o Estado utiliza da sua participação no capital da empresa para impor a conduta ilícita, deve ser demonstrado que o Estado possui poder de decisão e influência, e.g. possuir a maioria das ações, para mais, a conduta ilícita da empresa só pode ser imputada ao Estado se restar comprovado que esse se aproveitou dessa posição de controle para liderar a perpetração do ato ilícito. Sobre isso: CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.211.

²⁵³ Os *contras* foram grupos revolucionários que insurgiram na Nicarágua em oposição ao governo sandinista, que assumiu o poder em 1979.

²⁵⁴ INTERNATINAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Tadic case* (IT-94-1-A). Judgement. 15 July 1999. Para. 117.

*circumstance international law should require a high threshold for the test of control. Rather, various situations may be distinguished*²⁵⁵.

Destarte, para essa Corte, deve-se distinguir a situação em que indivíduos agem em prol do Estado sem instruções específicas, daquelas situações em que indivíduos fazem parte de um grupo organizado e hierarquicamente estruturado, como uma unidade militar. Um grupo organizado se difere de um indivíduo dado que possui uma estrutura, uma cadeia de comando e código de regras, bem como, um símbolo externo de autoridade. Normalmente, um membro do grupo não age por interesses próprios, mas em conformidade com as normas imperantes do grupo e, ademais, está sujeito à autoridade do líder. Consequentemente, para a atribuição ao Estado das condutas desempenhadas pelo grupo é suficiente exigir que esse como um todo esteja sob o controle geral do Estado²⁵⁶.

O Tribunal complementa que se a entidade privada se encontra ante o controle geral do Estado, deve forçosamente acarretar a responsabilidade do Estado por suas atividades, “*whether or not each of them was specifically imposed, requested or directed by the State*”. O fundamento que edifica essa norma é que, caso contrário, Estados poderiam facilmente se refugiar sob, ou usar como pretexto, o direito interno ou a falta de instruções específicas com o objetivo de declinar da responsabilidade internacional²⁵⁷.

De acordo com o TPIY, o “controle efetivo” proposto pelo CIJ como exclusivo e abrangente diverge da prática internacional e dos Estados. A prática tem considerado a responsabilidade do Estado em circunstâncias em que um nível menor de controle, do que o exigido no caso da Nicarágua, foi exercido. O Tribunal alega que o entendimento do CIJ, da imprescindibilidade do controle efetivo, tem sido mantido e confirmado pela prática internacional no tocante a indivíduos ou a grupos desorganizados de indivíduos atuando em prol do Estado, em contrapartida, tem-se aplicado um critério distinto em relação a grupos militares ou paramilitares²⁵⁸.

²⁵⁵ INTERNATINAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Tadic case* (IT-94-1-A). Judgement. 15 July 1999. Para. 117.

²⁵⁶ INTERNATINAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Tadic case* (IT-94-1-A). Judgement. 15 July 1999. Para. 120.

²⁵⁷ INTERNATINAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Tadic case* (IT-94-1-A). Judgement. 15 July 1999. Para. 123.

²⁵⁸ INTERNATINAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Tadic case* (IT-94-1-A). Judgement. 15 July 1999. Para. 124. Com intuito de robustecer esse argumento a Corte elenca alguns precedentes, entre eles: - o caso *Stephens* (Estado Unidos v. México), no qual a *General Claims Commission* atribuiu ao México atos cometidos por “ajudantes irregulares” do exército, durante a guerra civil, que entre outras questões, não possuíam uniformes ou insígnias, ademais, não se questionou se instruções específicas foram ou não concedidas em relação ao assassinato de nacionais americanos (para. 125);

In order to attribute the acts of a military or paramilitary group to a State, it must be proved that the State wields overall control over the group, not only by equipping and financing the group, but also by coordinating or helping in the general planning of its military activity. Only then can the State be held internationally accountable for any misconduct of the group. However, it is not necessary that, in addition, the State should also issue, either to the head or to members of the group, instructions for the commission of specific acts contrary to international law²⁵⁹.

A CIJ, em 2007, no caso *Bósnia e Herzegovina v. Sérvia e Montenegro*, em resposta, e refutando o entendimento do TPIY, aduz que o controle geral tem a grande desvantagem de ampliar o alcance da responsabilidade do Estado para além do princípio fundamental que governa o direito da responsabilidade do Estado: um Estado é responsável somente por sua própria conduta, ou seja, pela conduta de pessoas atuando em seu nome. Isso ocorre para os atos desempenhados por seus órgãos oficiais, bem como, por pessoas ou entidades que não são formalmente reconhecidas como órgãos oficiais perante o direito interno, mas que, entretanto, devem ser equiparadas com os órgãos estatais, dado que se encontram em uma situação de completa dependência do Estado²⁶⁰.

- o caso *Yeager (Kenneth P. Yeager v. República Islâmica do Irã)*, em que o Irã foi responsabilizado pelos atos dos “*Guards*”, mesmo sem restar comprovado que o referido Estado havia dispensado instruções ao grupo, que não integrava a polícia oficial, mas que, durante alguns meses subsequentes à Revolução, atuou revestido de “autoridade estatal”: “[n]or has the Respondent established that it could not control the revolutionary ‘*Komitehs*’ or ‘*Guards*’ in this operation [namely, forcing foreigners to leave the country]. Because the new government accepted their activity in principle and their role in the maintenance of public security, calls for more discipline, phrased in general rather than specific terms, do not meet the standard of control required in order to effectively prevent these groups from committing wrongful acts against United States nationals. Under international law Iran cannot, on the one hand, tolerate the exercise of governmental authority by revolutionary ‘*Komitehs*’ or ‘*Guards*’ and at the same time deny responsibility for wrongful acts committed by them” (para. 45);

- o caso *Loizidou v. Turquia*, cidadã chipriota que desde a ocupação turca sobre a ilha perdeu o acesso, posse e usufruto de suas propriedades privadas, a Turquia alegou que os atos foram praticados pelas autoridades constituídas da República do Norte do Chipre, “*the Court did not find it necessary to ascertain whether the Turkish authorities had exercised “detailed” control over the specific “policies and actions” of the authorities of the “TRNC”. The Court was satisfied by the showing that the local authorities were under the “effective overall control” of Turkey*”;

- o caso *Jorgic* por *Oberlandesgericht de Düsseldorf*, 1997: “*With regard to crimes committed in Bosnia and Herzegovina by Bosnian Serbs, the Court held that the Bosnian Serbs fighting against the central authorities of Sarajevo had acted on behalf of the FRY. To support this finding, the court emphasised that Belgrade financed, organised and equipped the Bosnian Serb army and paramilitary units and that there existed between the JNA and the Bosnian Serbs “a close personal, organisational and logistical interconnection ?Verflechtungg”, which was considered to be a sufficient basis for regarding the conflict as international. The court did not enquire as to whether or not the specific acts committed by the accused or other Bosnian Serbs had been ordered by the authorities of the FRY*” (para. 129, *Tadic case*).

²⁵⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Tadic case* (IT-94-1-A). Judgement. 15 July 1999. Para.131.

²⁶⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case Concerning Application of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment of 26 February 2007. Para.406.

Além desses casos, um Estado pode ser responsabilizado por atos cometidos por pessoas ou grupos de pessoas – que não se enquadram como órgãos estatais e nem se equiparam a esses – somente se, pressupondo que os atos cometidos foram ilícitos internacionalmente, são atribuíveis ao Estado sob o direito internacional costumeiro, refletido no Artigo 8º sob análise, quando órgãos do Estado deram instruções ou forneceram as direções por força das quais os perpetradores atuaram ou quando o Estado exerceu “controle efetivo” sobre a conduta em que o ato ilícito foi cometido. Nesse contexto, o controle geral é incabível, pois, alarga demasiadamente, quase ao limite, o vínculo que deve existir entre a conduta do órgão estatal e sua responsabilidade, mantendo, por conseguinte, o entendimento firmado no caso da Nicarágua²⁶¹.

Em suma, na teoria do controle efetivo, exige-se relação direta entre o ato ilícito específico e a atuação do Estado. A teoria do controle geral aceita a responsabilização pela “contextualização dos ilícitos no marco ou conjunto de ações realizadas por indivíduos ou grupos e no estabelecimento de vínculos efetivos de orientação do Estado com relação a essas pessoas ou grupos em questão, sem a necessidade de controle sobre todos e cada um dos atos que compõem o ilícito”²⁶².

A CDI, nos Comentários ao Projeto de Artigos, avulta pela aplicação do controle efetivo ao proferir que não se requer que o Estado exerça um controle sobre o ato ilícito *per se*, contudo, deve-se comprovar que o Estado participou de cada caso específico em que foram cometidos os atos ilícitos atribuídos ao Estado²⁶³. E, salienta que, “*where persons or groups have committed acts under the effective control of a State, the condition for attribution will still be met even if particular instructions may have been ignored*”²⁶⁴, pois, quando um ato ilícito é cometido sob o comando efetivo do Estado, este será responsabilizado, dado que, a efetividade do controle requer uma presunção irrefutável que o Estado poderia evitar o cometimento do ato, ou poderia decidir em não agir²⁶⁵.

²⁶¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case Concerning Application of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Judgment of 26 February 2007. Para.406.

²⁶² JIMÉNEZ GARCÍA, F. *La Responsabilidad Directa por Omisión del Estado más Allá de la Diligencia Debida*: reflexiones a raíz de los crímenes ‘feminicidas’ de ciudad Juárez. *Revista Española de Derecho Internacional*, V. LXIII, N.2, p. 12-50, jul./dez. 2011, p.26-27.

²⁶³ ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* in *Yearbook of the International Law Commission*, p.47.

²⁶⁴ ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* in *Yearbook of the International Law Commission*, p.48.

²⁶⁵ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.220.

Sobreleva-se que, conforme Cassese, mesmo que a CDI tenha defendido a aplicação do controle efetivo, essa posição não refletiu na totalidade a prática internacional, tendo desconsiderado indevidamente os precedentes citados no caso Tadic²⁶⁶.

Ante a controvérsia de posicionamentos sobre a extensão do controle, Dupuy traz o dilema de como vincular as entidades privadas às normas de Direito Internacional Humanitário e apresenta duas possíveis soluções, ou a entidade privada passa a ser considerada sujeito de direito internacional ou se estendem e flexibilizam os parâmetros de atribuição da responsabilidade do Estado²⁶⁷. À vista disso, Gutiérrez Espada defende que a doutrina do controle geral é mais eficiente em abranger as violações de Direito Humanitário e garantir uma reparação, e propõe a utilização desse critério desde que seja possível ao Estado fazer prova em contrário para os casos que não controlou, evitando, assim, imputações injustas²⁶⁸.

De acordo com Jaume Saura Estapà, a combinação dos critérios de soberania formal e controle efetivo não resolvem todas as questões a respeito da atribuição de responsabilidade internacional ao Estado, pois, em determinadas situações propensas à presença das EMSP a identificação da primeira é supérflua e do segundo, impossível. Pensa-se, no caso dos Estados desestruturados, como Somália ou Serra Leoa, com escasso ou nulo controle sobre seu território. Reivindicar a responsabilidade do Estado nesses casos pode resultar em um exercício completamente infrutífero²⁶⁹.

Ademais, como exigir um controle efetivo dos Estados em relação às EMSPs, quando em muitos casos, as empresas coordenam e treinam contingentes estatais? Quando possuem o conhecimento superior, são mais especializadas e preparadas? Se existem situações em que as EMSPs guiam os atos e as decisões dos Estados, como exigir desses um controle efetivo sobre aquelas?²⁷⁰ Portanto, distanciar-se desse critério e estabelecer um

²⁶⁶ CASSESE, A. *The Nicaragua and Tadic Tests revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*. European Journal of International Law, Vol.18, N.4, p. 649-668, September 2007, p.664.

²⁶⁷ DUPUY, Pierre-Marie. *Quarante ans de condifcation du droit de la responsabilite internationale dès etats: um bilan*. Revue Générale de Droit International Public, Paris, V.2 N.2, P.305-348, 2003, p. 318.

²⁶⁸ GUTIÉRREZ ESPADA, C. *El hecho ilícito internacional*. Madrid: Dykinson, 2005.

²⁶⁹ ESTAPÀ, Jaume Saura. "Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí" in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013, p. 363.

²⁷⁰ SINGER, Peter. Sure, He's Got Guns for Hire. But They're Just Not Worth It. *To: Robert Gates, Secretary of Defense/cc: Condoleezza Rice, Secretary of State: Subject: Breaking Our Blackwater Addiction*.

novo paradigma sobre os parâmetros público-privados pode ser justificável em determinadas situações e a solução mais viável diante da privatização militar e da presença cada vez mais forte e concreta das EMSPs, como sugere o TPIY.

Além dos critérios previstos no relatório sobre a Responsabilidade do Estado da Comissão de Direito Internacional, Cameron e Chateil sublinham a existência de um critério previsto pelo direito internacional costumeiro, a “incitação” (*instigation*), que se baseia na aceção de que quando um Estado compartilha o mesmo objetivo ilícito do grupo privado e fornece os meios necessários para a execução desse objetivo, a exigência da existência e da comprovação de um controle efetivo é prescindível. Entretanto, a mera prova da similaridade de objetivos entre o grupo armado e o Estado, sem comprovação de envolvimento, mesmo que indireto, entre esse e o cometimento das operações ilícitas, não serão suficientes para estabelecer a responsabilidade do Estado. Em relação às EMSPs, os autores concluem que quando se resta comprovado que um Estado busca o mesmo propósito ilícito da EMSP e, por meio dessa, cria as condições necessárias para executar a conduta violadora, o Estado será responsabilizado mesmo se não estiver diretamente envolvido no cometimento dos atos ilegais²⁷¹.

Como disposto até o momento, atos ilícitos perpetrados pelas empresas militares privadas podem ser atribuídos ao Estado contratante baseando-se nas regras gerais da responsabilidade do Estado em direito internacional. Contudo, atribuição da conduta não é o único alicerce para se fundamentar a responsabilidade internacional do Estado por atos de entidades privadas. A incapacidade de exercer as devidas diligências (*due diligence*) sobre as violações de Direito Internacional Humanitário e de Direitos Humanos também pode configurar responsabilidade²⁷². Passar-se-á, então, a analisar essa possibilidade da responsabilidade do Estado no próximo tópico.

²⁷¹ Cf. CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p. 222: O critério da instigação foi apresentado pelo Relator Especial Roberto Ago quando da elaboração do Artigo 8: “*in each specific case in which international responsibility of the State has to be established, it must be genuinely proved that the person or group of persons were actually appointed by organs of the State to discharge a particular function or to carry out a particular duty, that they performed a given task at the instigation of those organs*”.

²⁷² CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.225.

3.2. A Responsabilidade do Estado pelo Descumprimento do Dever de “*Due Diligence*”

Ao contrário das normas de responsabilidade previstas no relatório da CDI, as obrigações dos Estados de exercer a “devida diligência” emergem diretamente das normas primárias, que requerem comportamentos específicos dos Estados e definem as condições que tornam esses comportamentos obrigatórios. Incidem quando o Estado não adota as medidas necessárias impostas pelo direito internacional para prevenir, investigar ou punir a ocorrência de atos ilícitos.

Tribunais internacionais e mecanismos de controle das convenções de direitos humanos já afirmaram em muitas ocasiões que os Estados não estão somente obrigados a respeitar as convenções através dos atos dos seus órgãos e agentes, como também estão obrigados a proteger os direitos abarcados por essas, de modo a garantir que esses direitos sejam respeitados na esfera privada²⁷³. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas afirmou que:

the positive obligation on states Parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenant rights in so far as they are amenable to application between private persons or entities. There may be circumstances in which a failure to ensure Covenant rights [...] would give rise to violations by States Parties of those rights, as a result of States Parties' permitting or failing to take appropriate measures or to exercise due diligence to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities²⁷⁴.

Portanto, em tratados de direitos humanos, que compelem os Estados a garantir, assegurar e proteger direitos, essas obrigações têm sido interpretadas como uma obrigação de comportamento dos Estados com vista a evitar violações de direitos por pessoas privadas, posto que uma obrigação que intencionasse unicamente órgãos públicos como eventuais violadores de direitos humanos resultaria em uma proteção substancialmente enfraquecida²⁷⁵.

²⁷³ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p.230.

²⁷⁴ HRC, *General Comment no. 31*: ‘The Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant’, 26 May 2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 8.

²⁷⁵ LEHNARDT, Chia. “Private Military Companies and State Responsibility” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.153. Corroborando, a DCAF afirma que os tratados

Isto posto, compreende-se que a *due diligence* é uma obrigação de conduta e não de resultado²⁷⁶, portanto, a responsabilidade do Estado não é necessariamente acionada quando o resultado em questão é (ou não) alcançado, para tanto, faz-se imprescindível asseverar que o Estado não adotou a conduta exigida pelas normas primárias. Para analisar se o Estado atuou diligentemente, deve-se avaliar as circunstâncias de cada caso, as cortes internacionais têm utilizado critérios, *inter alia*, “a extensão da efetividade do controle estatal sobre o território”, “a importância do bem a ser protegido” e “o grau de previsibilidade da violação”²⁷⁷.

Em outras palavras, se um Estado falha em executar a diligência devida em prevenir ou responder à violação de direito internacional, não é a conduta do ator privado *per se* que desencadeia a imputabilidade do Estado, mas a omissão ou o esforço insuficiente em impedir ou reagir à violação que pode suscitar a responsabilidade internacional. No entanto, para que isso ocorra, deve existir uma convenção ou uma obrigação costumeira para compelir o controle da conduta privada²⁷⁸. Na oportunidade, a CIJ corroborou essa obrigação internacional do Estado no caso do Canal de Corfu²⁷⁹, no caso do Teerã²⁸⁰, entre outros.

internacionais dedicados aos direitos humanos proporcionam aos indivíduos sistemas de petição e denúncia aos quais os Estados podem recorrer para tomar medidas para proteger seus cidadãos frente a violações de direitos humanos perpetrados pelas EMSPs locais ou estrangeiras. Sobre isso: *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces. Private Military Companies*.

²⁷⁶ Cf. DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2.ed, Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2003, p. 785-787: Obrigação de comportamento é uma “obrigação resultante de uma disposição consuetudinária ou convencional que precisa que o seu accionamento exige do destinatário o emprego de meios especificamente determinados, o que quer dizer que supõe acções ou omissões da parte de uma autoridade estatal”. Portanto, é “suficiente constatar que o seu destinatário não adoptou a atitude esperada da sua parte para daí se deduzir a violação de uma obrigação internacional”.

²⁷⁷ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013, p. 227.

²⁷⁸ LEHNARDT, Chia. “Private Military Companies and State Responsibility” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.153.

²⁷⁹ Nesse caso, apesar de não restar comprovado se o Estado da Albânia teve algum envolvimento nas explosões que danificaram navios britânicos, a Corte entendeu que “*since nothing was attempted by the Albanian authorities to prevent the disaster [...] grave omissions involve the international responsibility of Albania*”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania). Judgment (Merits). 9 April 1949.

²⁸⁰ Cf. WEIGELT, Katja; MÄRKER, Frank. “Who is Responsible? The Use of PMCs in Armed Conflict and International Law” in JÄGER, Thomas; KÜMMEL, Gerhard (eds.) *Private Military and Security Companies: Chances, Problems, Pitfall and Prospects*. Wiesbaden:VS Verlag, 2007, p.391. “*in its Judgement on Diplomatic and Consular Staff in Teheran the ICJ stated ‘that the initiation of the attack on the United States Embassy [by militants not having an official character] cannot be considered as in itself imputable to the Iranian State does not mean that Iran is, in consequence, free of any responsibility in regard to those attacks, for its own conduct was in conflict with its international obligations’ (ICJ 1986: para. 60- 61)*”.

Em relação às EMSPs, obrigações provenientes do dever da “devida diligência” podem diversificar dependendo do vínculo com o Estado: Estados contratantes; Estados do território em que as EMSPs atuam (*host states*); ou Estados em que as EMSPs foram criadas (*home states*).

As obrigações do Estado contratante são de contratar apenas empresas militares bem conceituadas, que atuaram em conformidade com o direito internacional em outras contratações e de fiscalizar o desempenho das funções delegadas. Não obstante, em seus relatos, Peter Singer destaca que ao contrário, os governos insistem em esquecer lições elementares como essas. Em 2007, o Pentágono aprovou o novo Programa de Incremento da Participação Civil em Tarefas de Logística, com um valor que se aproxima aos 150 bilhões de dólares a Halliburton-KBR, DynCorp e Fluor, companhias implicadas em 29 casos graves de má conduta na última década, incluindo delitos como fraude e suborno²⁸¹. Contrariando, portanto, as obrigações provenientes do dever de “*due diligence*” e as contribuições que o cumprimento deste dever acarretariam para parte da comunidade internacional vulnerável às atuações dessas empresas, uma vez que, restrições em futuras concessões contratuais enviariam um sinal claro às empresas e, conseqüentemente, oportunizariam melhor qualidade de serviços.

Fato é que, quando o Estado contrata a EMSP para conduzir operações em determinadas situações, *e.g.* área de conflito, o Estado está sob a obrigação de exercer a *due diligence*, regulamentando o contrato e como a contratada executa suas atividades e a quem subcontrata. Contudo, quando o Estado contrata uma empresa privada, e esta empresa contrata a EMSP, a conexão entre essa última e o Estado é fraca. Quanto mais distante um Estado está do contratado que efetivamente cometeu o ato ilícito, menos provável será comprovar a falha na obrigação de *due diligence*²⁸² em relação ao Estado contratante.

Quanto ao *host State*, o caso Velásquez Rodríguez ilustra bem a incidência da responsabilidade em decorrência da falha em cumprir a “*due diligence*” onde atores privados cometeram violações. Nesse caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Sobre isso: INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran). Judgment. 24 May 1980.

²⁸¹ SINGER, Peter W. *Militares Privados: beneficios vs política pública*. Política Exterior, No.125, Septiembre/Octubre, 2008.

²⁸² Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for Their Actions, organized by The University Centre for International Humanitarian Law, Geneva. 29-30 August 2005, p.35.

decidiu que o desaparecimento de Velásquez Rodríguez suscitou a responsabilidade de Honduras, pela falta da devida diligência em prevenir e em investigar apropriadamente a violação de direitos humanos.

Portanto, a soberania territorial do Estado, que o ampara no monopólio da violência, acarreta a responsabilidade primeira do mau uso da força. A mesma responsabilidade se estende, no contexto de um conflito armado internacional, às potências ocupantes, ainda que esse *status* possa ser duvidoso no caso concreto, como é o caso do Iraque e do Afeganistão, onde governos formalmente independentes mantêm um “convite” permanente às tropas de coalizões internacionais²⁸³.

Nesse sentido, em 2005, a CIJ responsabilizou Uganda, potência ocupante no distrito de Ituri na República Democrática do Congo, sob os auspícios da “*due diligence*”, por sua falta de vigilância em evitar violações de direitos humanos e do direito internacional e pela omissão diante do abuso da violência por terceiros²⁸⁴.

*The Court thus concludes that Uganda was the occupying Power in Ituri at the relevant time. As such it was under an obligation, according to Article 43 of the Hague Regulations of 1907, to take all the measures in its power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety in the occupied area, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the DRC. This obligation comprised the duty to secure respect for the applicable rules of international human rights law and international humanitarian law, to protect the inhabitants of the occupied territory against acts of violence, and not to tolerate such violence by any third party*²⁸⁵.

Uma dificuldade prática do cumprimento da *due diligence*, pelos *host States*, decorre do fato que as EMSPs têm prosperado em Estados falhados e enfraquecidos, que possuem pouco poder de barganha e uma improvável capacidade de monitorar e restringir suas condutas ou de impor a responsabilidade do Estado contratante. Em somatória, a

²⁸³ ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí” in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013, p. 363.

²⁸⁴ ICJ, *Case Concerning Armed Activities in the Territory of the Congo* (Democratic Republic of Congo v. Uganda), Judgment, 9 December 2005.

²⁸⁵ ICJ, *Case Concerning Armed Activities in the Territory of the Congo* (Democratic Republic of Congo v. Uganda), Judgment, 9 December 2005, para 178. Nesse caso, o artigo 43 da Convenção de Haia, 1907, determina: “*The authority of the legitimate power having actually passed into the hands of the occupant, the latter shall take all steps in his power to re-establish and insure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country.*” É, portanto, nítida a obrigação de fazer contida no artigo e a violação e, conseqüente, responsabilização do Estado pela omissão e descumprimento da “*due diligence*”, mesmo que os atos violadores tenham sido perpetrados por atores privados.

natureza privada dessas empresas as protegem do escrutínio que não está acessível aos agentes públicos, *e.g.* confidencialidade do cliente, portanto, mesmo nos casos que os Estados estão dispostos e possuem os meios para monitorar as atividades das EMSPs²⁸⁶, faz-se difícil o exercício desse dever.

Em relação à responsabilidade do Estado nacional da empresa privada, o Conselho Federal da Suíça, no seu relatório concernente às EMSPs de 2005, considerou que a responsabilidade internacional da Suíça poderia ser comprometida pelas atividades das empresas militares privadas sediadas nesse país, que estejam operando em áreas de conflitos e, portanto, se declarou preparada para examinar a possibilidade de instituir uma licença compulsória ou registro referente às EMSPs. “*Home states being under a duty to ensure respect of IHL regarding companies incorporated in their territory, they should make operating licenses, authorizations to accept contracts and renewal permits conditional on respect of IHL and IHRL by the PMSC*”²⁸⁷.

O UNWG sobre os mercenários, em 2008, colocou ênfase na responsabilidade dos governos de origem das EMSPs e pediu, *inter alia*, que adotem a legislação e os mecanismos de controle e verificação que sejam necessários para evitar as violações de direitos humanos, incluindo um sistema de registro e licença que autorize estas empresas atuarem e que permita que sejam sancionadas quando não respeitem a legalidade²⁸⁸.

Neste sentido, entre as recomendações feitas pelo supracitado Grupo de Trabalho, destaca-se que todos os Estados deveriam, a respeito das EMSPs que se encontram sob sua jurisdição: proibir de maneira específica sua participação em atos e em conflitos armados internos ou internacionais que tenham como intuito a desestabilização de regimes constitucionais; e incluir normas e obrigações de direitos humanos e de Direito Internacional humanitário nos programas de educação e treinamento que se oferecem aos empregados das EMSPs²⁸⁹.

Isto posto, depreende-se que, quando empregados das EMSPs agem em violação aos direitos humanos ou ao direito internacional humanitário, essa conduta pode suscitar a responsabilidade do Estado em que atuam ou do que contrata pelo fracasso em evitar ou

²⁸⁶ LEHNARDT, Chia. “Private Military Companies and State Responsibility” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.156.

²⁸⁷ CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013.

²⁸⁸ Apartado de recomendações do documento A/HRC/7/7, parágrafo 60.

²⁸⁹ Documento A/61/341, parágrafo 76. Questões reiteradas em seu relatório de agosto de 2008 A/63/325.

responder adequadamente a tal conduta, mesmo que não esteja comprovado qual papel os órgãos estatais desempenharam nessa operação específica. Outrossim, o Estado sede ou nacional da EMSP está sob a obrigação de evitar ações dessas empresas que vilipendiam a integridade territorial de outro Estado.

Além disso, existe ainda a possibilidade de outro Estado (além do contratante, do nacional da empresa e do Estado do território) colaborar com o cumprimento da devida diligência quanto a não deixar impunes perpetradores de crimes internacionais, como foi assinalado por especialistas em Genebra, durante a *Expert Meeting on Private Military Contractors*. Essa possibilidade se perfaz quando do cometimento de um crime internacional, a obrigação em processar criminalmente esse ato emana do Estado da nacionalidade do contratado individual da EMSP, acusado pela violação²⁹⁰. Nos Estados Unidos, por meio do *Alien Tort Claims Act*, decisões judiciais têm considerado empresas privadas responsáveis pela violação de Direito Internacional e de direitos humanos²⁹¹.

Nesta toada, percebe-se que o princípio da devida diligência vem colmatar as lacunas deixadas pelas normas internacionais de atribuição da responsabilidade internacional do Estado, alargando o rol das partes que podem ser responsabilizadas o que, consequentemente, aumenta os interessados em fiscalizar e limitar as atividades desempenhadas pelas EMSPs.

Por conseguinte, infere-se que, os mesmos fundamentos que isentam o Estado de uma responsabilidade devido à falta de controle ou de instruções específicas, podem provocar a responsabilidade por falta da devida diligência, pelo menos em relação ao Estado contratante ou anfitrião²⁹².

Diante do exposto, conclui-se que, dentro das limitações de um direito internacional centralizado no Estado, existe a possibilidade de flexibilizar o limite estabelecido pelo método de atribuição da responsabilidade e ampliar o alcance dos

²⁹⁰ Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for Their Actions, organized by The University Centre for International Humanitarian Law, Geneva. 29-30 August 2005, p.35

²⁹¹ ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí” in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013, p. 364.

²⁹² LEHNARDT, Chia. “Private Military Companies and State Responsibility” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.155.

pressupostos do dever de diligência nos casos em que a atividade privada se configura um risco inerente ou que compromete os direitos fundamentais²⁹³.

3.3. As EMSPs sob o Direito Internacional Humanitário

O Direito Internacional Humanitário (DIH) é um ramo autônomo do direito internacional que regula as condutas das partes em um conflito armado e possui como desígnio precípua a proteção das pessoas envolvidas ou atingidas pelas repercussões do conflito. Em resumo, o DIH é o *ius in bello*²⁹⁴. Mais prosaicamente, almeja preservar um oásis de humanidade no campo de batalha até que o recurso à força armada não seja mais um meio de resolver as controvérsias entre Estados²⁹⁵.

Na definição do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o Direito Humanitário é um ramo do direito internacional que tem por objetivo proteger as pessoas que não participam ou deixaram de participar das hostilidades: os doentes, os feridos, prisioneiros e civis. Além de regular os direitos e obrigações das partes no conflito, restringindo os meios e os métodos de combate²⁹⁶.

Hodiernamente, é consenso na doutrina e na jurisprudência que o Direito Internacional Humanitário é sinônimo de Direito Internacional dos Conflitos Armados, entretanto, essa é uma evolução recente do direito regulador dessas situações hostis. Tradicionalmente, o ordenamento jurídico responsável pelas regras de beligerância era denominado Direito da Guerra (*Law of War*)²⁹⁷.

²⁹³ LEHNARDT, Chia. “Private Military Companies and State Responsibility” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.156.

²⁹⁴ É pertinente destacar, contudo, que o artigo 2, §4º da Carta das Nações Unidas (CNU) proíbe a ameaça ou o uso da força nas relações internacionais, com exceção da legítima defesa ou quando autorizado pelo Conselho de Segurança da ONU, sob os auspícios do Capítulo VII da CNU13. Portanto, o direito de guerra, o *ius ad bellum*, está proscrito. Isto posto, destaca-se a peculiaridade do Direito Humanitário, pois nenhum ordenamento jurídico nacional contém regras similares definindo como aqueles que violam as regras primárias devem se comportar enquanto as violam. A questão é que apesar dos conflitos armados serem proibidos, eles acontecem, e atualmente é reconhecido que o direito internacional deve se endereçar a essa realidade da ordem internacional não somente combatendo o fenômeno, mas também o regulando e garantindo um mínimo de humanidade nessa situação desumana e ilícita.

²⁹⁵ SOLIS, Gary D. *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 23.

²⁹⁶ MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino. *Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos*. 3ed. Coimbra: Ius Gentium Conimbrigae, 2012.

²⁹⁷ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. (2003) *Direito Internacional Público*. 2.ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

A expressão Direito da Guerra tornou-se ultrapassada uma vez que guerra pode ser utilizada em contextos que não existe uma violência explícita, como a Guerra Fria, portanto, o termo conflitos armados reflete melhor as circunstâncias que o direito pretende controlar, implica necessariamente o uso de violência física e de armas²⁹⁸.

Outra evolução na denominação desse ramo do direito é o fato de atualmente o Direito Internacional Humanitário abarcar todas as regras reguladoras das situações de conflito: tratados, resoluções, costumes, entre outros. Pois, até pouco tempo o DIH se referia somente às Convenções de Genebra, às regras concernentes às necessidades humanitárias, aos direitos e à proteção das pessoas. Não integrava, portanto, o direito disposto nos Tratados de Haia, que prescreve os métodos de guerra (*warfare*)²⁹⁹.

O envolvimento das Nações Unidas, com a defesa da proteção dos direitos humanos nos conflitos impulsionou a elaboração e conclusão dos dois Protocolos Adicionais de Genebra, em 1977, que fundiu o direito de Genebra com o direito de Haia, momento em que o Direito Internacional Humanitário passou a consistir todo o direito internacional dos conflitos armados e a balança da proporcionalidade entre a necessidade militar e o humanitarismo pendeu para o último³⁰⁰.

Portanto, o DIH protege o “núcleo duro” dos direitos humanos em tempo de conflito armado, direitos que não podem ser dispostos nem em tempos de conflitos, como o direito à vida, a proibição de escravidão, a proibição de tortura e tratamento desumano e a proibição de qualquer aplicação retroativa da lei³⁰¹.

O DIH faz referência específica aos mercenários³⁰², em dispositivo disposto no I Protocolo Adicional, transcrito no primeiro capítulo deste trabalho, em que nega a esses o direito ao estatuto de combatente ou de prisioneiro de guerra. Entretanto, não existe qualquer menção às EMSPs no referido ordenamento, nem existe regulamentação

²⁹⁸ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. (2003) *Direito Internacional Público*. 2.ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

²⁹⁹ ALEXANDER, Amanda. (2015) *A Short History of International Humanitarian Law*. The European Journal of International Law, vol.26 nº1.

³⁰⁰ ALEXANDER, Amanda. (2015) *A Short History of International Humanitarian Law*. The European Journal of International Law, vol.26 nº1.

³⁰¹ Comitê Internacional da Cruz Vermelha. (2003) *International Humanitarian Law and International Human Rights Law: Similarities and Differences*.

³⁰² Art.47 do I Protocolo Adicional das Convenções de Genebra.

específica no direito internacional costumeiro, devido ao surgimento recente dessas empresas no cenário internacional³⁰³.

Apesar de ser escorreito dizer que não existe uma regulamentação apropriada e direcionada às EMSPs no ordenamento jurídico humanitário, não é perspicaz a assertiva da inexistência de lei aplicável a essas empresas, pois, em certas circunstâncias, determinados preceitos humanitários se aplicam aos contratados privados. Algumas questões, contudo, permanecem nebulosas³⁰⁴. Pois, para se determinar quais normas de DIH são aplicáveis às EMSPs e seus empregados, em conflitos armados internacionais, faz-se necessário verificar a quais categorias esses pertencem, se são civis ou combatentes³⁰⁵.

Muito se discute se os contratados das EMSPs se enquadram no *status* de prisioneiro de guerra estabelecido pelos tratados de direito humanitário. Para que isso ocorra a EMSP deve ser considerada parte integrante das forças armadas de uma das partes do conflito, isto é, se enquadrar no artigo 4º, 2, (a) da III CG³⁰⁶; ou se beneficiar do *status* de combatente, definido pelo artigo 43 do I Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, 1977. Essas hipóteses podem se consumar nos casos em que os contratados privados participam diretamente das hostilidades, contudo, como descrito no primeiro capítulo, as EMSPs também podem desempenhar outras atividades que não envolvem uma participação direta no conflito, nesses casos, membros das EMSPs podem ser

³⁰³ DOSWALD-BECK, Louise. "Private military companies under international humanitarian Law" in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.115.

³⁰⁴ DOSWALD-BECK, Louise. "Private military companies under international humanitarian Law" in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.115.

³⁰⁵ Cf. ANDRADE, Adriana L. V. Soares. *A Responsabilidade Internacional por Atos das Empresas Militares e de Segurança Privada*. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016. "Apenas combatentes podem participar diretamente das hostilidades e detém imunidade quanto aos atos legítimos de guerra, como executar um soldado inimigo em combate, mas não estão imunes à jurisdição criminal se cometem violações de direito internacional humanitário. Se capturados, os combatentes tem assegurados os direitos de prisioneiro de guerra, exceto se deixarem de usar sinais distintivos que os diferenciem da população civil".

³⁰⁶ Article 4 - A. Prisoners of war, in the sense of the present Convention, are persons belonging to one of the following categories, who have fallen into the power of the enemy: (2) Members of other militias and members of other volunteer corps, including those of organized resistance movements, belonging to a Party to the conflict and operating in or outside their own territory, even if this territory is occupied, provided that such militias or volunteer corps, including such organized resistance movements, fulfil the following conditions: (a) that of being commanded by a person responsible for his subordinates. Essa hipótese pode se aplicar aos empregados das EMSPs, se eles operarem de acordo com esses requisitos, porém, a prática demonstra que isso não tem ocorrido. *Vide* DOSWALD-BECK, Louise. "Private military companies under international humanitarian Law" in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.118-120.

compreendidos pelo artigo 4º, 4, (a) da III CG que dispõe sobre casos específicos em que os civis são intitulados como prisioneiros de guerra.

Em síntese, membros das EMSPs podem ser concebidos como prisioneiros de guerra em um conflito armado internacional seja como combatente ou como pessoa acompanhando as forças armadas, somente quando condições específicas dispostas pelas Convenções de Genebra são cumpridas³⁰⁷.

A IV Convenção de Genebra, 1949, tem por intuito proteger civis em tempos de guerra e se direciona a todos aqueles que participam do conflito – que não sejam combatentes, não se enquadrem como prisioneiros de guerra ou como pessoa que acompanha as forças armadas –, é o caso de espões, sabotadores, entre outros. Essas pessoas são consideradas “pessoas protegidas” e, embora não usufruam dos benefícios que auferem os prisioneiros de guerra, gozam de alguns benefícios quando se encontram sob o poder do adversário, entre esses, do direito de constar na lista do *Centre Tracing Agency*, de receber a visita de um representante da ICRC e, posteriormente, comunicar com a família, o que dificulta e previne desaparecimentos forçados, tortura, e tratamento desumano. Os empregados das EMSPs podem gozar dessas prerrogativas, desde que não sejam nacionais de um Estado neutro ou um Estado co-beligerante que possui representação diplomática no Estado no qual estão sob os auspícios³⁰⁸.

Em conflitos armados internos, não existe o *status* de prisioneiro de guerra e, portanto, qualquer membro da EMSP capturado estará sujeito às leis nacionais, exceto se a empresa beneficia de algum acordo que garanta imunidade dos tribunais locais³⁰⁹, como ocorreu no Iraque, em que a Ordem 17 de 2004 garantia imunidades a todos os contratados privados. Nos casos em que esse acordo não é realizado, o Artigo 3 comum às CGs e o II Protocolo Adicional (1977) da CG estipulam um tratamento de proteção básico para qualquer pessoa capturada. Ademais, defende-se que todas as pessoas possuem o direito

³⁰⁷ DOSWALD-BECK, Louise. “Private military companies under international humanitarian Law” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.124.

³⁰⁸ DOSWALD-BECK, Louise. “Private military companies under international humanitarian Law” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.126.

³⁰⁹ DOSWALD-BECK, Louise. “Private military companies under international humanitarian Law” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.126.

mínimo legal, a um procedimento que garanta uma detenção não arbitrária, uma vez que tal detenção é contrária ao direito internacional costumeiro³¹⁰.

A pedra angular do direito internacional humanitário, considerada norma de direito consuetudinário *erga omnes*, está sediada no Artigo 1 comum às Convenções de Genebra, e dispõe que todos os Estados devem garantir o respeito pelo DIH em todas as circunstâncias. Por conseguinte, é coesa a dedução que os Estados devem garantir que as EMSPs atuem em conformidade com essa premissa e que seus contratos contenham regras claras de comprometimento³¹¹.

Se as EMSPs estão atuando como membros das forças armadas, os Estados são obrigados a instruí-las em DIH. Se essas empresas não podem ser consideradas como parte das forças armadas, deve existir uma obrigação de treiná-las nesse ordenamento em outras provisões legais ou contratuais, uma vez que, em todas as quatro Convenções de Genebra, pode-se encontrar requisições determinando que todos aqueles que participam de alguma forma do conflito devem ser instruídos das normas de DIH e, além disso, esse preceito pode ser subtraído da obrigação geral contida no Artigo 1 supramencionado. Portanto, se existe uma violação cometida por empregado de uma EMSP contratada pelo governo e o governo não instruiu ou garantiu que esse conhecesse as regras, então, o Estado será responsabilizado devido a sua omissão em não cumprir apropriadamente obrigações específicas dos tratados³¹².

Outra forma de responsabilização internacional do Estado, sob a égide do direito internacional humanitário, é a supracitada “*due diligence*”, que nesse caso consiste em prevenir, evitar, investigar e punir a ocorrência de violações humanitárias, além de garantir o cumprimento das referidas normas.

Portanto, os Estados podem ser responsabilizados pelos atos das EMSPs e seus empregados perante o DIH, uma vez que, esse ramo do direito internacional, assim como o direito internacional dos direitos humanos (DIDH), impele obrigações de fazer e garantir aos Estados em relação às suas forças armadas, bem como, a qualquer outra pessoa que

³¹⁰ DOSWALD-BECK, Louise. “Private military companies under international humanitarian Law” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.127.

³¹¹ DOSWALD-BECK, Louise. “Private military companies under international humanitarian Law” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.132.

³¹² DOSWALD-BECK, Louise. “Private military companies under international humanitarian Law” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.133.

atue no conflito, seja a entidade privada uma força multiplicadora ou auxiliadora das forças armadas do Estado. O Estado deve garantir que essas pessoas conheçam e obedeçam as regras humanitárias.

Para mais, Louise Doswald-Beck questiona a possibilidade, mesmo que improvável, de oficiais do exército serem responsabilizados criminalmente por eventuais crimes de guerra cometidos por membros das EMSPs, para os casos em que restar comprovado um relacionamento de comando, o superior é criminalmente responsável se deveria saber ou se conscientemente negligenciou informação que indicasse claramente que um crime seria cometido, para o autor seria lastimável se nesse cenário fosse possível alguém se desvencilhar de qualquer responsabilização criminal ao simplesmente ordenar um contratado privado para realizar certos atos propensos a conter crimes. Não obstante, o que a prática tem demonstrado é que são escassos os casos em que tal relacionamento de comando existe ou que é possível comprovar a sua consumação.

Outra possibilidade que contribuiria para o fim da impunidade dos atos cometidos pelas EMSPs, em conflitos armados nacionais ou internacionais, seria a responsabilização internacional direta da empresa, entretanto, apesar dos apelos doutrinários, as cortes internacionais penais não coadunam esse entendimento, contudo, existe uma lei federal nos Estados Unidos³¹³, que será abordada pelo próximo capítulo, que tem permitido a responsabilização de empresas por violações de direito internacional, ademais, as empresas podem ser responsabilizadas pelos mecanismos do direito interno ou pelos sistemas de regulação que serão estudados mais adiante.

Uma possibilidade real e factível de responsabilização internacional ocorre em relação aos empregados das EMSPs, que podem ser julgados e condenados internacionalmente por eventuais crimes internacionais que tenham cometido, como passasse a analisar brevemente no próximo tópico.

3.4. A Responsabilidade Individual Criminal do Contratado Privado

Embora o objetivo do trabalho seja a análise da responsabilização do Estado pelas violações do direito internacional cometidas pelas EMSPs, mostra-se essencial ao menos uma breve referência à responsabilização dos indivíduos culpados pelas condutas contrárias ao direito internacional.

³¹³ O *Alien Tort Claims Act*, analisado no terceiro capítulo deste estudo.

Afinal, não se deve olvidar que, havendo a devida condução das atividades pelos Estados e pelas EMSPs (incluindo-se aí os deveres de *due diligence* e todas as demais obrigações), a ocorrência de uma conduta ilícita praticada por um de seus funcionários que age por conta própria, em sua esfera privada, resultaria na responsabilização individual desta pessoa, não necessariamente na responsabilização do Estado ou da empresa.

Por esse motivo, fazemos neste tópico uma breve abordagem da fundamentação desta responsabilidade individual, pois de uma conduta contrária ao direito internacional (dos direitos humanos e humanitário) podem surgir, autonomamente, tanto a responsabilidade do Estatal e da empresa, quanto do individual. Deve ficar claro, portanto, que não pode o Estado eximir-se da responsabilidade alegando que o fato ilícito foi praticado por um indivíduo, como não pode o indivíduo perpetrador de condutas ilícitas esconder-se atrás da máscara estatal/empresarial.

Constata-se que o princípio da responsabilidade criminal individual é proveniente dos sistemas criminais nacionais e foi internacionalizado e adaptado ao direito internacional quando este se desenvolveu ao nível de estabelecer seu próprio direito penal, portanto, a internacionalização desse princípio debuta uma era sem precedentes do direito internacional, em que suas normas afetam e responsabilizam diretamente indivíduos sem necessitar da intermediação estatal³¹⁴.

O princípio foi primeiramente transcrito pela Carta de Londres (1945), instituidora do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que determinou que “*crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international Law be enforced*”³¹⁵. Entretanto, foi no Estatuto do TPIY, no artigo 7(1) e 23(1)³¹⁶ e no Estatuto do Tribunal Penal de Ruanda, artigo 6(1) e 22(1), que este princípio fundamental foi

³¹⁴ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 33.

³¹⁵ Texto original: Artigo 6º, da Carta de Londres, 1945.

³¹⁶ UNITED NATIONS. *Update Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Article 7 Individual criminal responsibility*. 1. A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime. 2. The official position of any accused person, whether as Head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment. 3. The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof. 4. The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal determines that justice so requires

melhor referido, para, posteriormente, ser consagrado pelo Estatuto de Roma, em seu artigo 25.³¹⁷

Conforme o exposto no capítulo anterior sobre a responsabilidade compartilhada, o mesmo fato pode comprometer a responsabilidade do Estado, ao constituir ato de Estado em violação a uma obrigação internacional; e a responsabilidade internacional do indivíduo, quando o ato é atribuível a uma pessoa física, órgão ou não do Estado e constitui um crime contra a humanidade, crime de guerra ou contra a paz³¹⁸.

O maior inconveniente reside no fato que a responsabilidade individual criminal, representada pelo Estatuto de Roma que criou o TPI, só abrange os crimes internacionais mais graves: genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Os dois primeiros possuem elementos de massividade e sistematicidade que dificilmente vão incidir nos casos práticos protagonizados por contratados individuais. Os crimes de guerra, em contrapartida, são mais concretos, *e.g.* tortura e constrangimentos a prisioneiros. Entretanto, o TPI só possui jurisdição sobre os indivíduos cujos Estados da nacionalidade ou do território em que se cometeram os crimes sejam parte do Estatuto³¹⁹.

³¹⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rome Statute of the International Criminal Court*. *Article 25 Individual criminal responsibility* 1. The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute. 2. A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this Statute. 3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person: (a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible; (b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted; (c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission; 18 Rome Statute of the International Criminal Court (d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either: (i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime; (e) In respect of the crime of genocide, directly and publicly incites others to commit genocide; (f) Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions. However, a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose. 4. No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law.

³¹⁸ ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto Iraquí” in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013. (P.347 – 368), p.365.

³¹⁹ ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto Iraquí” in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de

Crimes de guerra podem ser cometidos não só por membros de forças armadas, como por civis, portanto, contratados das EMSPs que cometem graves violações de DIH serão culpados de crimes de guerras, seja em conflitos internos ou internacionais. Por conseguinte, teoricamente, essas pessoas podem ser julgadas em qualquer Estado ou perante qualquer corte internacional que possua jurisdição.

Ademais, os crimes de guerra integram os considerados *core crimes*, crimes internacionais gerais e universais provenientes dos costumes internacionais e positivados pelo Estatuto de Roma, que são considerados crimes em todos os Estados e, portanto, sujeitos a jurisdição universal³²⁰.

Não obstante, não foram todos os Estados que adotaram em suas legislações nacionais a possibilidade e os mecanismos necessários para aplicarem a jurisdição universal e mesmo aqueles que adotaram o fizeram com condições, como domicílio ou mediante outra conexão específica com o Estado. Soma-se a isso, a relutância em julgar nacionais de outros Estados, os gastos dispendiosos e as dificuldades, que fazem da jurisdição universal um princípio pouco aplicado internacionalmente. Consequentemente, não existe registro da jurisdição universal ter sido aplicada sobre qualquer membro de uma EMSP.

Outro fato que contribui para a impunidade que circunda a atuação dos contratados privados é que são, normalmente, contemplados com imunidade de jurisdição pelas cortes dos Estados nos quais os crimes são cometidos, como foi o caso do Iraque³²¹. Para mais, há os casos em que os tribunais e as instituições locais não funcionam ou estão enfraquecidas em decorrência do conflito armado, portanto, os perpetradores conseguem, na maioria dos casos, ficar impunes em relação ao Estado do território em que atuam.

Ressalta-se que, as supracitadas possibilidades de responsabilizar internacionalmente o contratado da EMSP – por meio do TPI, de tribunais internacionais *ad hoc* e da jurisdição universal – não excluem, mas somam à possibilidade dos tribunais nacionais de processar e condenar os supostos responsáveis. É o que reza o princípio da

Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013. (P.347 – 368), p.365-366.

³²⁰ Essa obrigação também se faz presente nos tratados da Convenção de Genebra: art. 49 da I Convenção; art.50 da II Convenção; art.129 da III Convenção; art.146 da IV Convenção; art. 85(1) do I Protocolo Adicional.

³²¹ DOSWALD-BECK, Louise. “Private military companies under international humanitarian Law” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.135.

complementaridade³²². Conforme o direito internacional consuetudinário, para além do Estado do território, que pode e deve atuar quando não está cerceado por um acordo de imunidade, o Estado da nacionalidade do perpetrador possui jurisdição para agir, bem como, o Estado da nacionalidade das vítimas.

Entretanto, a situação de hipossuficiência da vítima, que na maioria dos casos, se encontra inserida num contexto de conflito ou de um Estado enfraquecido, torna ainda mais difícil e complexa a implementação da responsabilidade individual de atores resguardados por corporações transnacionais. Essa realidade induz à ponderação sobre a imprescindibilidade da instituição e disponibilização de outros meios eficazes para prevenir e responder às possíveis violações cometidas pelas EMSPs e seus colaboradores. Diante disso, a comunidade internacional, em suas diferentes esferas, iniciou um processo de regulação das EMSPs, ao que se passará a análise.

3.5. Iniciativas de Regulação das EMSPs

Diante do exposto até aqui, foi possível obter algumas percepções dos riscos e, ao mesmo tempo, oportunidades provocados pelo surgimento e pela expansão do setor privado, especializado em organizar e fornecer uma violência legitimada. De acordo com James Cockayne, as implicações decorrentes do controle privado da produção e distribuição de segurança, particularmente para os Estados falhados, podem ser graves: o acesso à segurança pode deixar de ser um direito de todos e se tornar um produto a mercê do poder econômico e da influência social. “*Access to security – and even, in extreme cases, law-making power – risk becoming even more a matter of cash, capital, class, clan, club, creed, or colour, rather than citizenship, than they are in today’s states*”³²³.

Segundo a opinião generalizada dos estudiosos, grande parte das complexidades e receios causados pelas EMSPs poderiam ser solucionados por meio de uma regulação adequada. Conforme Christopher Kinsey, existem oito argumentos relevantes que justificam a imprescindibilidade de regular as EMSPs: para garantir que não impactem,

³²² O princípio da complementaridade é o que rege a ação dos tribunais internacionais, sejam permanentes ou *ad hoc*, determinando que a ação da justiça internacional deve ocorrer de forma complementar à justiça nacional quando se trata da repressão de crimes internacionais. Este princípio está celebrado, por exemplo, no artigo 1º do Estatuto de Roma: “*the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions*”.

³²³ COCKAYNE, James. “Principal-agent theory and regulation of PMCs” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p. 216.

negativamente, a paz, a segurança e a resolução de conflitos; garantir que sua utilização seja lícita e legítima e não viole direitos humanos; garantir que sua existência e atuação não subvertam a política governamental; prevenir que sejam causados danos econômicos aos clientes comerciais; garantir que seja responsabilizada por seus atos e pelos atos de seus empregados; assegurar que se mantenha transparente; prevenir que se desloque entre objetivos lícitos e ilícitos; garantir que não prejudique a soberania dos Estados³²⁴.

A falta de uma legislação específica aplicável gera um crescente interesse em criar uma regulação apropriada, nos diferentes âmbitos em que uma potencial regulamentação poderia se concretizar, entre os quais se abordará: o mercado, as próprias empresas, o direito interno e internacional.

3.5.1. Regulação pelo Mercado

Apesar da segurança privada em alguns momentos fortalecer o controle do Estado sobre o indivíduo, a expansão do mercado da força armada, simultaneamente, difunde o controle sobre a violência entre uma variedade de atores não-estatais, comprometendo o monopólio coletivo do Estado sobre o controle da força³²⁵.

Consumidores são aqueles que podem pagar, sugerindo que o controle político sobre a violência privada será distribuído de acordo com o acesso à riqueza, em detrimento dos votos³²⁶. Ademais, a variedade de entidades que são consumidoras desse mercado acrescenta obstáculos para a regulação, pois, quando uma única EMSP atende autoridades distintas, aumenta a dificuldade do Estado em impor uma regulamentação austera, como foi ilustrado pelos esforços feitos pela África do Sul para regular sua indústria de segurança³²⁷.

³²⁴ KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006, p.135.

³²⁵ AVANT, Deborah. "The Emerging Market and Problems of Regulation" in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.185.

³²⁶ AVANT, Deborah. "The Emerging Market and Problems of Regulation" in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.187.

³²⁷ AVANT, Deborah. "The Emerging Market and Problems of Regulation" in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.186.

Além disso, típico das indústrias que prestam serviços transnacionais, uma EMSP insatisfeita com as regras de Estado pode, simplesmente, mover para outro, ou se dissolver e se reconstituir de forma diferente com o fito de evitar as regulamentações nacionais³²⁸.

Ao se considerar qual a melhor forma de se encorajar um comportamento apropriado das EMSPs e dos seus empregados, muitas possibilidades emergem, entre as mais mencionadas estão coordenação jurídica intergovernamental (por meio da padronização de contratos³²⁹ e de mecanismos jurídicos) e uma padronização mínima global da indústria (*global industry standards*). Não obstante a importância dessas alternativas, nenhuma faz face a elementos importantes das empresas, portanto, a persecução exclusiva desse viés é de improvável efetividade. A coordenação jurídica intergovernamental tem sido obstruída pelas diferentes posições e participações que os governos desempenham no mercado. Se o que cada governo almeja controlar é distinto, faz-se dificultoso convergi-los a instituir um regime padronizado de regulação. Sem um regime padronizado, se torna fácil para as empresas subtrair vantagens da natureza global do mercado e evitar regras de qualquer governo. Ademais, coordenação intergovernamental raramente se destina a financiadores privados da segurança privada e outros acionistas³³⁰.

Já o viés da padronização global da indústria tem enfrentado dificuldades de manter o comportamento das empresas, em atividade no conflito, subordinadas à política corporativa. A forma de contratação e subcontratação que guia a atuação dessas empresas implica em indivíduos que prestam serviços para várias companhias, em rápida sucessão, dentro da mesma zona de conflito. Gerando dificuldades como, *e.g.* relacionar o mau

³²⁸ AVANT, Deborah. “The Emerging Market and Problems of Regulation” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.187.

³²⁹ Existe uma corrente na doutrina internacionalista que considera que o contrato pode ser o instrumento mais eficaz para controlar as EMSPs. Como visto neste estudo, os Estados podem e devem inserir normas de direito internacional humanitário nos contratos, além disso, esse instrumento pode ser um meio de coibir as empresas a cumprirem outras regras provenientes do direito internacional e dos direitos humanos. Sobre isso, vide: DICKSON, Laura. “Contract as a tool for regulating private military companies” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010.

³³⁰ AVANT, Deborah. “The Emerging Market and Problems of Regulation” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.194.

comportamento do indivíduo à empresa correta, o que complica o desenvolvimento da idoneidade da empresa como um meio para responsabilização ou controle³³¹.

A regulação natural pelo mercado se faz em decorrência da pluralidade de EMSPs no mercado, as empresas são receosas sobre suas reputações e futuros contratantes podem facilmente saber o que estão comprando, consumidores podem exercer um controle efetivo com decisões de compra. Entretanto, muitos elementos do mercado atual podem interromper esse resultado. Primeiramente, quando existem consumidores com necessidades e interesses distintos, pode não existir um consenso sobre as normas profissionais que esses querem promover e obedecer, dado que consumidores diferentes contratam EMSPs por prioridades diferentes. Ademais, muitos dos consumidores não possuem o conhecimento necessário sobre segurança e técnicas militares que possibilite um controle sobre os serviços oferecidos pelas empresas, soma-se a isso, a dificuldade em obter informações claras e precisas sobre os empregados, contratados e subcontratados, e a atuação concreta das empresas no terreno³³².

Diante dessa análise sucinta, percebe-se que outras formas de regulação se fazem imprescindíveis para um controle efetivo da atuação das EMSPs, uma vez que, apesar do mercado implementar naturalmente mecanismos de regulação, é igualmente inerente à natureza do mercado global as possibilidades de desvios e subterfúgios, dos quais as EMSPs podem se beneficiar.

3.5.2. Autorregulação das EMSPs

As empresas sabem da imprescindibilidade de manter uma boa reputação, particularmente, quando o principal cliente é o Estado que guia sua conduta em conformidade com a opinião pública, diante disso, em uma tentativa de conquistar cada vez mais o mercado militar e da segurança, as EMSPs formaram associações e adotaram códigos de ética para reger suas atividades em contextos transnacionais e de conflitos em que é característica a dificuldade de aplicar uma legislação pertinente. Entre as associações

³³¹ AVANT, Deborah. "The Emerging Market and Problems of Regulation" in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.194.

³³² AVANT, Deborah. "The Emerging Market and Problems of Regulation" in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.188.

formadas, as que mais se destacam, devido à influência das empresas associadas e aos lugares em que atuam, são a americana, a britânica e a iraquiana.

A associação americana é uma das mais conhecidas, *International Stability Operations Association* (ISOA), anteriormente denominada *International Peace Operations Association* (IPOA), foi criada em 2001 e é integrada por algumas das EMSPs mais influentes como: ArmorGroup, Dyncopr e MPRI. O grupo afirma o seu comprometimento com a transparência, ética e prestação de contas, adotando como meta: “*to be a key point of engagement for the government and private sectors, in support of stability operations worldwide*”³³³.

No Iraque, cerca de quarenta EMSPs formaram a *Private Security Companies Association in Iraq* (PSCAI), a qual pretende trabalhar juntamente com o governo iraquiano e favorecer uma relação de confiança e entendimento. As empresas associadas se reúnem periodicamente, trocam informações e apresentam suas considerações comuns ao governo iraquiano³³⁴.

Em 2007, fundou-se a *British Association of Private Security Companies* (BAPSC) com o objetivo de criar os padrões de operação de seus membros e dessa indústria emergente e assegurar a conformidade com as regras e os princípios do direito internacional humanitário e dos direitos humanos. A associação declara que “*as the need for armed security grows the BAPSC and its members recognise that their objectives will best be achieved through effective self regulation in partnership with the UK Government and International Organisations*”³³⁵.

O que se percebe é que a autorregulação proporciona, em certa medida, transparência ao setor, uma vez que, disponibiliza informações acerca do modo de funcionamento, das contratações concluídas pelas empresas, dos locais em que atuam e atuaram e, pelo menos em teoria, da conformidade da conduta com os critérios de atuação

³³³ ISOA. Mission, 2017.

³³⁴ IGLESIAS, Mario A. Laborie. “La Controvertida Contribución de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP) a la Resolución de Conflictos” in MINISTERIO DE DEFENSA. *Los Actores No Estatales Y La Seguridad Internacional: Su Papel En La Resolución de Conflictos Y Crisis*. Instituto Español de Estudios Estratégicos Centro Nacional de Inteligencia. Madrid: Imprenta Del Ministerio de Defensa, 2010, p.128.

³³⁵ BAPSC. Home, 2017.

adotados pelas empresas³³⁶, mas que também faz parte de um projeto propagandístico do setor da segurança privada.

Portanto, faz-se importante destacar algumas falhas inerentes a uma autorregulação, primeiramente, é irrefutável que regras impostas por terceiros tendem a ser mais austeras do que as autoimpostas. Segundo, para que a regulação fosse efetiva, seria necessário que todas as empresas pertencessem a alguma associação que impusesse o cumprimento dos códigos de conduta, o que não acontece. Terceiro, os empregados das EMSPs não são os destinatários das restrições e sim as empresas, o que não soluciona em definitivo as falhas de conduta. Por último, o sistema de autorregulação ainda necessita de uma atuação concomitante de um sistema regulatório independente, externo, que seja capaz de aplicar sanções legais quando preciso³³⁷.

Rosemann, em 2008, realizou uma investigação sobre como os endereços eletrônicos de 235 empresas verificavam o cumprimento de códigos de ética e de conduta. De acordo com esse autor: 30,6% (72 empresas) confirmavam o cumprimento de valores éticos; 3,8% (9 empresas) expressamente advogavam pelo reconhecimento de direitos humanos; 5,1% (12 empresas) reconheciam que suas atividades necessitavam ser reguladas; e, somente, 18,4% (44 empresas) estavam preparadas para aderir a códigos de ética e de conduta. Rosemann destaca, ainda, que a empresa americana *California Center Inc. International* (CACI) dispunha de vários códigos de conduta, bem como, de regras internas de comportamento, o que não foi impedimento para que alguns dos seus empregados se envolvessem nos casos das torturas ocorridas na prisão iraquiana de Abu Ghraib³³⁸.

À vista disso, sem desmerecer as iniciativas de autorregulação das empresas, que colaboraram em muito com a difusão de informações e com uma maior compreensão do

³³⁶ IGLESIAS, Mario A. Laborie. “La Controvertida Contribución de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP) a la Resolución de Conflictos” in MINISTERIO DE DEFENSA. *Los Actores No Estatales Y La Seguridad Internacional: Su Papel En La Resolución de Conflictos Y Crisis*. Instituto Español de Estudios Estratégicos Centro Nacional de Inteligencia. Madrid: Imprenta Del Ministerio de Defensa, 2010, p.129.

³³⁷ IGLESIAS, Mario A. Laborie. “La Controvertida Contribución de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP) a la Resolución de Conflictos” in MINISTERIO DE DEFENSA. *Los Actores No Estatales Y La Seguridad Internacional: Su Papel En La Resolución de Conflictos Y Crisis*. Instituto Español de Estudios Estratégicos Centro Nacional de Inteligencia. Madrid: Imprenta Del Ministerio de Defensa, 2010, p.129.

³³⁸ ROSEMANN, Nils. *Code of Conduct: Tool for Self-Regulation for Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper 15. 2008, p. 21.

setor e das atividades que desempenham, além de contribuir, mesmo que mais para ganho próprio, com o processo de seletividade de empresas com registro, licença e que sejam bem reguladas, fato é que esse não pode ser o único mecanismo de regulação do setor privado de segurança, sob o risco da regulação fazer parte ou ser um instrumento de propaganda da indústria.

3.5.3. Regulações Nacionais das EMSPs

Diante da ineficiência dos regimes regulatórios existentes, a regulação doméstica surge como mais uma alternativa para desenvolver mecanismos de controle e fiscalização das EMSPs, inclusive, como um meio de exercer a devida diligência exigida pelos tratados internacionais de direitos humanos e DIH.

A principal deficiência que a legislação estatal apresenta consiste no fato que a maioria dos Estados ignora o fenômeno das EMSPs e, por conseguinte, não efetuaram nenhuma provisão para regular o mercado militar privado³³⁹. Não obstante, em alguns Estados, nos quais a expansão dessa indústria é manifesta e dominante, já existem sistemas de regulação das EMSPs sediadas em seus territórios. Entre esses, estão os EUA³⁴⁰, a África do Sul e a Suíça.

O método de regulação utilizado pelos EUA o permite reter controle sobre a distribuição e utilização de serviços militares e de segurança no exterior por fornecedores privados e garante que a venda de serviços no estrangeiro satisfaça a política externa americana e os interesses da segurança nacional. Esse método baseia-se em dois sistemas de transferências comerciais de produtos e serviços para entidades estrangeiras. As transferências podem ocorrer por intermédio da *direct commercial sales* (DCS), em que as empresas vendem diretamente para as entidades estrangeiras mediante a autorização de uma licença de exportação; ou por meio do programa “de governo-para-governo”, conhecido como o programa *Foreign Military Sales* (FMS), em que não é exigida uma

³³⁹ IGLESIAS, Mario A. Laborie. “La Controvertida Contribución de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP) a la Resolución de Conflictos” in MINISTERIO DE DEFENSA. *Los Actores No Estatales Y La Seguridad Internacional: Su Papel En La Resolución de Conflictos Y Crisis*. Instituto Español de Estudios Estratégicos Centro Nacional de Inteligencia. Madrid: Imprenta Del Ministerio de Defensa, 2010, p.117.

³⁴⁰ Cf. GOMEZ DEL PRADO, Jose L. *Private Military and Security Companies and the UN Working Group on the Use of Mercenaries*. *Journal of Conflict and Security Law*. Vol.12, No.3, 2008, p.438: Os EUA e o Reino Unido são *home states* de aproximadamente 80% das EMSPs em atividade atualmente.

licença³⁴¹. Suplementarmente, “*American PMCs maintain closer ties with the US government, and do not undertake projects without the government’s explicit approval of that state, granted through the Arms Export Control Act (ACEA). In other states, such as Britain, PMCs are free to choose their own clients, although the state often grants implicit or informal consent*”³⁴².

Ademais, nos EUA, para além dos tribunais federais, existem outros instrumentos jurídicos que autorizam a jurisdição sobre a atuação dos contratados privados que acompanham as forças armadas desse Estado em conflitos e operações militares de gestão de crises, sendo esses: o *Military Extraterritorial Jurisdiction Act* (MEJA) e o *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ).

Os Tribunais Federais são competentes para certos crimes, mesmo quando os fatos constitutivos do delito tenham ocorrido fora do território americano, desde que sejam relacionados a um nacional dos EUA, seja esse a vítima ou o perpetrador. Existe, ainda, o *Alien Tort Claims Act* (ATCA) ou *Alien Tort Statute* (ATS), que concede jurisdição aos tribunais federais americanos, desde o século XVIII, para processar e julgar todas as causas em que um estrangeiro reivindica uma violação de direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos ou de qualquer tratado internacional que os EUA faça parte. Esse estatuto tem permitido, inclusive, ações contra corporações que violam direitos internacionais, sendo, portanto, um mecanismo que pode colaborar consideravelmente para a redução da impunidade das EMSPs em operações militares e em contextos de conflitos armados.

O MEJA, criado em 2000, se aplica aos empregados civis ou àqueles que acompanham as forças armadas norte-americanas (sejam nacionais ou estrangeiros) por

³⁴¹ CAPARINI, Marina. “Domestic Regulation: Licensing regimes for the export of military goods and services” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.159. De acordo com referida autora: “*Lobbying may also influence the licensing of overseas sales of defence services [...]. In 2001, ten US PMCs spent more than \$32 million on lobbying and invested \$12 million in financing election campaigns. [...] One case of successful lobbying concerned MPRI’s 1998 application to conduct an evaluation of the Equatoguinean defence system for President Teodore Obiang and to create a ‘national security enhancement plan’. MPRI’s application for a licence was rejected by the State Department because of objections from the Bureau of African Affairs and the Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor concerning the Obiang government’s record on human rights violations. An intense lobbying campaign ensued, targeting the State Department, Congress, and the Pentagon. These efforts proved successful and resulted in a U-turn in which MPRI was granted a licence in 2000*”. (p.164-165).

³⁴² PERCY, Sarah. “Morality and Regulation” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.13.

qualquer ofensa punível com prisão por mais de um ano. Entretanto, seu alcance é limitado, uma vez que, não se aplica aos empregados que são nacionais ou residentes do *host State*. “*The MEJA has been successfully applied in a case against a civilian contractor working for the DOD in Baghdad, who was sentenced to 41 months in prison for possession of child pornography in 2007. However, lack of DOD implementation of the MEJA and prosecutorial passivity undercut the potential force of the MEJA*”³⁴³.

O UCMJ permite julgar os contratados civis que atuem juntamente com o exército norte-americano em operações militares e em conflitos. O maior impedimento ao sucesso de perseguições dos abusos cometidos por empregados das EMSPs, no âmbito do UCMJ, é que os supostos ofensores não são julgados por tribunais civis, mas por cortes militares. “*A military trial of a PMC employee, who ordinarily qualifies as a civilian, is likely to be challenged on constitutional grounds because of lack of due process guarantees*”³⁴⁴.

Na África do Sul, o catalisador inicial para a criação de mecanismos de controle foi a atuação da EMP sul-africana, Executive Outcomes (EO). O envolvimento da EO e outros grupos nos conflitos da Papua-Nova Guiné, Serra Leoa, Angola e da República Democrática do Congo levou o governo de Nelson Mandela a formular uma legislação banindo a atividade mercenária e assegurando controle estatal por meio da autorização e aprovação da venda de serviços militares e de segurança privados para o estrangeiro³⁴⁵.

A Suíça aprovou uma lei, no final de 2013, que possui alcance regulatório extraterritorial, dirigindo-se às EMSPs domiciliadas ou operando a partir do território suíço, o *Swiss Federal Act on Private Security Services Provided Abroad*, que regula empresas que fornecem serviços de segurança privada, ou outros serviços relacionados à segurança, fora da Suíça e da União Europeia. Referida lei prevê um rol de exigências relacionadas ao treinamento, identificação de contratados, e declaração dos serviços que estão sendo fornecidos no estrangeiro, além de exigir que essas empresas se integrem à Associação do Código Internacional de Conduta e aos mecanismos de monitoramento previstos por esse Código³⁴⁶.

³⁴³ RYNGAERT, Cedric. *Litigating Abuses Committed by Private Military Companies*. Academy of European Law. EUI Working Paper AEL 2009/5, p.14. Department of Defense (DOD)

³⁴⁴ RYNGAERT, Cedric. *Litigating Abuses Committed by Private Military Companies*. Academy of European Law. EUI Working Paper AEL 2009/5, p.14

³⁴⁵ CAPARINI, Marina. “Domestic Regulation: Licensing regimes for the export of military goods and services” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p.168.

³⁴⁶ Sobre a Associação e o Código Internacional de Conduta vide próximo tópico.

No Reino Unido, em 2002, foi realizado o *Green Paper*³⁴⁷ sobre as Companhias Militares Privadas. Este documento examina as distintas possibilidades de regulação estatal dos serviços militares e de segurança privados, porém nenhuma das proposições feitas pela pesquisa foi efetivada pelo Reino Unido, que se decidiu por incentivar uma autorregulação das EMSPs³⁴⁸. “*The United Kingdom does not have a PMC licensing system comparable to the U.S. State Department system. Although the British government considered various regulatory options in a 2002 Green Paper and received continuous domestic pressure to regulate PMCs. British PMCs seeking to provide services face little governmental oversight*”³⁴⁹.

Ressalta-se que, existem argumentos válidos para proteger a confidencialidade da empresa e outras informações privadas com o objetivo de manter a competitividade de empresas nacionais, não obstante, um nível de transparência é essencial para “*accountability*” e pode ser imposto por legislação. Uma fiscalização efetiva requer um corpo legislativo ativamente empenhado e uma capacidade de monitoramento e coerção adequada do poder executivo.

Contudo, o caráter transnacional das atividades das EMSPs corrobora com a inaplicabilidade de sistemas nacionais de regulação que estejam presentes só em determinados Estados, mesmo que seja um regime regulatório efetivo e abrangente, restará parcialmente eficaz, pois, se uma empresa não quiser se submeter às regulamentações do Estado sede poderá simplesmente se transferir para outro Estado em que tais regulamentações não existam ou não sejam tão rigorosas e atuar a partir do estrangeiro. Logo, qualquer regime regulatório nacional será incompleto sem uma regulação internacional complementar.

³⁴⁷ Green Papers são documentos consultivos produzidos pelo Governo britânico. O objetivo desse documento é permitir às pessoas que atuam no governo (tanto dentro como fora do Parlamento) a dar retorno à população sobre suas políticas e propostas legislativas.

³⁴⁸ House of Foreign Affairs Committee. *Private Military Companies*. Ninth Report of Session 2001-02.

³⁴⁹ IRVIN, A. Grayson. *Rethinking the Role and Regulation of Private Military Companies: What the United States and United Kingdom can Learn From Shared Experiences in the War on Terror in The Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol.39, No.2, 2011, p.454. Não obstante, em 2011, o governo britânico se envolveu num parceria público-privada inédita com a *Aerospace, Defence, Security and Space Industries organization* (ADS) e formaram o *Security in Complex Environments Group* (SCEG), em um esforço para estabelecer uma organização da indústria mais efetiva. Sobre isso: BUZATU, Anne-Marie. *Towards an International Code of Conduct for Private Security Providers: A view from Inside a Multistakeholder Process*. DCAF. SSR Paper 12, 2015.

3.5.4. Regulações Internacionais das EMSPs

O aumento exponencial das atividades das EMSPs, nas últimas décadas, induziu o governo suíço juntamente com o CICV a promover uma discussão com o objetivo de responder ao fenômeno das EMSPs³⁵⁰. Essa iniciativa conduziu à elaboração, em 17 de setembro de 2008, do Documento de Montreux sobre as Obrigações Legais Internacionais Pertinentes e Boas Práticas para os Estados relativos a Operações das Companhias Militares e de Segurança Privadas durante Conflitos Armados³⁵¹, doravante denominado Documento de Montreux que, no momento de sua conclusão, foi endossado por 17 Estados, entre os quais, EUA, Reino Unido, China, França, Iraque, Afeganistão, Serra Leoa e África do Sul³⁵².

Em seu preâmbulo, o documento elucida que não possui o objetivo de fomentar a utilização de EMSPs sob nenhuma circunstância, mas busca reafirmar obrigações legais e recomendar uma conduta adequada diante da decisão de contratar uma EMSP³⁵³.

O documento está dividido em duas partes, a primeira dedica-se a ressaltar as vinte e sete leis internacionais existentes que são de cumprimento obrigatório por todos os envolvidos no conflito armado (Estados, EMSPs e seus empregados), bem como, a tratar da atribuição da conduta privada aos Estados conforme o direito internacional consuetudinário e, por último, a primeira parte devota uma sessão às obrigações internacionais de todos os Estados pertinentes às atividades desempenhadas pelas EMSPs e seus empregados. A segunda parte do documento contém setenta e três “boas práticas” a serem respeitadas pelos Estados contratantes, *host states* e *home states*, que compreende, *inter alia*, a implantação de um regime de licenças e o aperfeiçoamento do sistema de fiscalização e de prestação de contas das EMSPs. O objetivo almejado pelos responsáveis pela preparação do Documento consiste em restringir a contratação de EMSPs, para que

³⁵⁰ Cf. COCKAYNE, James. *Regulating Private Military and Security Companies: The Content, Negotiation, Weaknesses and Promise of the Montreux Document* in *Journal of Conflict & Security Law*. Oxford University Press, 2009. “*The Montreux Document is the product of almost three years of intergovernmental consultation initiated by the Swiss Federal Department of Foreign Affairs (FDFA) in late 2005, with the cooperation of the International Committee of the Red Cross (ICRC). The process involved extensive consultation with industry and civil society actors, through five intergovernmental meetings and four expert meetings*”.

³⁵¹ Em inglês: *Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict*.

³⁵² Hodiernamente, o Documento de Montreux conta com 54 assinaturas.

³⁵³ MONTREUX DOCUMENT. *Preface*. para.7, 2008. Documento A/63/467 – S/2008/636. General Assembly Security Council. United Nations.

somente as empresas que cumpram com as normas de direitos humanos e de direito humanitário possam atuar em cenários de conflitos armados³⁵⁴.

À vista disso, resta nítida a relevância do Documento de Montreux em reafirmar a *lex lata* sobre os deveres do Estado referente ao DIDH e ao DIH, em relação às EMSPs. Consoante Jame Cockayne, “*the Document represents the most formal repudiation by states to date of the widespread notions that PMSCs operate in a legal vacuum, and that states can avoid their obligations by contracting with PMSCs*”³⁵⁵.

Complementarmente, traslada orientações sobre quais deveriam ser as condutas adequadas desenvolvidas pelo Estado com vista a regular a atuação das EMSPs, por meio de contratos, códigos de conduta, legislação nacional, instrumentos regionais e padrões mínimos definidos internacionalmente. Seriam as supracitadas “good practices” sobre a regulação das EMSPs quanto ao uso da força, participação direta nas hostilidades, verificação e treinamento de seus empregados, obrigação de prestar contas e as imunidades diante de jurisdições estrangeiras³⁵⁶.

Não obstante, em que pese a sua indubitável importância, a falta de obrigatoriedade retira o valor real operativo do Documento de Montreux. Já em seu preâmbulo, o documento esclarece “*not a legally binding instrument and does not affect existing obligations of states under customary international Law [...]*”³⁵⁷. Por conseguinte, faz-se imperioso a criação de outros mecanismos vinculativos complementares, no âmbito internacional, e que os Estados desenvolvam instrumentos próprios adicionais de supervisão e monitoramento das atividades das EMSPs, para efetivar as provisões do documento, inclusive, em avença com a indústria e seus clientes não-estatais.

Outra crítica que se faz é em relação à omissão do documento em abordar aspectos essenciais, como o desenvolvimento de um procedimento internacional para responder as possíveis demandas dos afetados pelos atos dos contratados privados. Além disso, o Documento de Montreux não define as funções inerentes ao Estado, que não

³⁵⁴ SWITZERLAND. *Informal Summary of the Montreux Document by Switzerland*, 2008. Documento A/63/467 – S/2008/636. General Assembly Security Council. United Nations.

³⁵⁵ COCKAYNE, James. *Regulating Private Military and Security Companies: The Content, Negotiation, Weaknesses and Promise of the Montreux Document* in *Journal of Conflict & Security Law*. Oxford University Press, 2009, p.403.

³⁵⁶ COCKAYNE, James. *Regulating Private Military and Security Companies: The Content, Negotiation, Weaknesses and Promise of the Montreux Document* in *Journal of Conflict & Security Law*. Oxford University Press, 2009, p. 404.

³⁵⁷ MONTREUX DOCUMENT. *Preface*. para.3, 2008. Documento A/63/467 – S/2008/636. General Assembly Security Council. United Nations.

deveriam ser alvo de privatização. “*Esto es de especial relieve, puesto que se deben señalar con precisión que funciones pueden o no realizar las EMSP*”³⁵⁸.

Isto posto, a elaboração do Documento de Montreux foi, inegavelmente, um passo importante na busca pela regulação internacional das EMSPs, seu maior triunfo foi ter se tornado o texto referencial em relação às EMSPs. Entretanto, resta incontestável sua parcimônia e a imprescindibilidade de uma união de esforços do setor público e privado com o fito de instituir um conjunto de mecanismos complementares, que resulte em uma regulação efetiva da privatização da segurança³⁵⁹.

Nesse contexto, a própria indústria privada com o apoio do governo suíço, o DCAF³⁶⁰ e a Academia de Genebra de DIH e Direitos Humanos lideraram o segundo passo do que se considera a iniciativa suíça para desenvolver uma regulação das EMSPs, que consiste em um código de conduta internacional para as EMSPs, em conformidade com os direitos humanos e o DIH.

O Código Internacional de Conduta para os Provedores de Serviços de Segurança Privada, doravante denominado ICoC³⁶¹ ou Código de Conduta, almeja promover o respeito pelo direito internacional entre as empresas privadas por meio de elucidações das regras e dos princípios internacionais, especialmente, quando essas operam em ambientes complexos, e o aperfeiçoando do monitoramento, da fiscalização e da “*accountability*” da referida indústria. O ICoC foi concluído e disponibilizado para assinatura em novembro de 2010 e, em outubro de 2013, já contava com a adesão de 708 empresas do setor³⁶².

³⁵⁸ IGLESIAS, Mario A. “Laborie. La Controvertida Contribución de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP) a la Resolución de Conflictos” in MINISTERIO DE DEFENSA. *Los Actores No Estatales Y La Seguridad Internacional: Su Papel En La Resolución de Conflictos Y Crisis*. Instituto Español de Estudios Estratégicos Centro Nacional de Inteligencia. Madrid: Imprenta Del Ministerio de Defensa, 2010, p.127.

³⁵⁹ Cf. COCKAYNE, James. *Regulating Private Military and Security Companies: The Content, Negotiation, Weaknesses and Promise of the Montreux Document* in *Journal of Conflict & Security Law*. Oxford University Press, 2009, p. 428. “*What is called for is a mixture of pragmatism and entrepreneurialism, innovation and risk management, by both public and private actors alike. Let us simply pray that it does not take another Nisoor Square massacre to prompt us all into further action*”.

³⁶⁰ Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF) é uma fundação internacional, criada em 2000, por iniciativa da Confederação Suíça e possui como objetivo auxiliar a comunidade internacional na busca pela boa governança e a reforma do setor de segurança.

³⁶¹ Sigla em inglês, significa International Code of Conduct.

³⁶² Cf. GENEVA ACADEMY, Academy Briefing No.4. The International Code of Conduct for Private Security Service Providers. August 2013. “*Major clients of PMSC companies have already begun to reference the ICoC in their contracts. For example, the UN Security Management System’s ‘Guidelines on the Use of Armed Security Services from Private Security Companies’, which the UN Chief Executives Board for Coordination approved in late 2012, state that armed Private Security Companies ‘must be a member company to the International Code of Conduct for Private Security Providers’*”.

O ICoC, em seu preâmbulo, endossa os princípios estabelecidos pelo Documento de Montreux e pela Resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU 17/4, de 2011, que reafirma o ordenamento da ONU sobre “*Protect, Respect, and Remedy on business and human rights*”³⁶³, adotado em 2008, requerendo que todas as empresas atuem com “*due diligence*” para evitar infringir os direitos de outrem³⁶⁴.

O instrumento, sob análise, é composto, em sua primeira parte, por regras de procedimento e de comportamento adequados para desenvolver as atividades típicas de um serviço de segurança; na segunda, o documento dispõe sobre mecanismos de investigação e condenação ante violações de obrigações e sobre possibilidades de reparação às vítimas³⁶⁵.

Entre os compromissos firmados pelas EMSPs signatárias do ICoC estão: operar de acordo com as regras de regulação estipuladas pelo Código de Conduta, pela legislação internacional e nacional aplicável, com os direitos humanos e os interesses dos seus clientes; proporcionar os meios para responder e resolver alegações de condutas que violem o direito internacional, nacional ou o ICoC; e cooperar em boa-fé com as autoridades nacionais e internacionais que possuam jurisdição, em particular com as investigações nacionais e internacionais de violações do direito criminal (nacional e internacional), do direito humanitário e dos direitos humanos³⁶⁶.

Desde o início, o ICoC prognosticou o estabelecimento de um mecanismo independente de governança e controle. O desenvolvimento desse mecanismo foi liderado pelo Comitê de Direção (*Steering Committee*) multilateral temporário que realizou muitos encontros e workshops com todas as partes interessadas. Esse processo inclusivo culminou na adoção do *ICoC Articles of Association*, em fevereiro de 2013, que consiste no documento constitutivo da Associação, que foi estabelecida, em setembro de 2013, como uma associação suíça não-lucrativa³⁶⁷. O propósito da Associação é promover, governar e

³⁶³ UNITED NATIONS. *Protect, Respect, and Remedy on business and human rights*, 2008. Documento A/HRC/RES/17/4.

³⁶⁴ SWITZERLAND. *International Code of Conduct for Private Security Service Providers*. Preamble. 09 de novembro de 2010.

³⁶⁵ Ressalta-se que o ICoC adota terminologia diversa do Documento de Montreux – PMSCs – ao se referir às empresas como “Private Security Companies and other Private Security Service Providers”, excluindo o termo “military” intencionalmente, numa tentativa declarada de dissociação de empresas que fornecem serviços militares, como interrogatórios de prisioneiros, treinamento e provisão de técnicas militares. Sobre isso: https://www.geneva-academy.ch/docs/publications/briefing4_web_final.pdf.

³⁶⁶ SWITZERLAND. *International Code of Conduct for Private Security Service Providers*. 09 de novembro de 2010.

³⁶⁷ INTERNATIONAL CODE OF CONDUCT ASSOCIATION. *History*, 2017.

fiscalizar a implementação do ICoC e garantir a provisão responsável de serviços de segurança e o respeito pelos direitos humanos, pelo direito nacional e internacional em conformidade com o Código de Conduta. Para isso, a Associação pode se envolver em todas as atividades e tomar todas as atitudes que julgar necessárias e apropriadas para garantir a realização desse propósito, de acordo com os Artigos da Associação.

Os Artigos da Associação estabelecem uma estrutura de governança equilibrada e democrática, constituída por representantes dos Estados, das EMSPs e da sociedade civil. Outra particularidade, digna de nota, está prevista no parágrafo 66 do ICoC que estipula que os signatários devem estabelecer procedimentos de reclamação e queixa levados pelos empregados e por terceiros³⁶⁸.

Um aspecto importante, que merece destaque, é que para se tornar membro da Associação, a EMSP se submeterá à certificação, em que estará obrigada a comprovar que seu sistema e suas políticas estão conformes os princípios do ICoC e que esta se encontra sob monitoramento, auditoria e verificação, inclusive no terreno. Não obstante a exigência do cumprimento desses requisitos, alguns autores destacam que muitas empresas signatárias do ICoC possuem um histórico de violações de direitos humanos e direito humanitário, o que descredibiliza a idoneidade do documento³⁶⁹.

Ressalta-se, também, que o ICoC, em seu parágrafo 14³⁷⁰, declara que não cria obrigações ou responsabilidades jurídicas para as empresas signatárias, além das que já existem no direito nacional e internacional, não sendo, portanto, um instrumento vinculativo, mas sim um mecanismo voluntário de fiscalização, o que leva ao questionamento a respeito do real objetivo do Código ser de restringir e fiscalizar a conduta da indústria ou se a sua criação não passa de um meio para legitimar,

³⁶⁸ SWITZERLAND. *International Code of Conduct for Private Security Service Providers*. 09 de novembro de 2010, para. 66: “Signatory Companies will establish grievance procedures to address claims alleging failure by the Company to respect the principles contained in this Code brought by Personnel or by third parties”. E *The Articles of Association*.

³⁶⁹ Cf. GÓMEZ DEL PRADO, José L.; TORROJA MATEU, Helena. *Hacia la Regulación Internacional de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas*. Fundación Privada Centro de Estudios Internacionales. Madrid: Marcial Pons, 2011, p.58. Os autores destacam que 58 empresas signatárias são acusadas de cometerem violações de direitos humanos e direito humanitário, entre as quais: Blackwater, United Resources Group, G4S, ArmorGroup, DynCorp ou Triple Canopy.

³⁷⁰ SWITZERLAND. *International Code of Conduct for Private Security Service Providers*. 09 de novembro de 2010, para. 14. “This Code complements and does not replace the control exercised by Competent Authorities, and does not limit or alter applicable international law or relevant national law. The Code itself creates no legal obligations and no legal liabilities on the Signatory Companies, beyond those which already exist under national or international law. Nothing in this Code shall be interpreted as limiting or prejudicing in any way existing or developing rules of international law”.

definitivamente, a privatização da segurança, visando uma expansão do mercado sobre as organizações internacionais e as missões e manutenções de paz da ONU³⁷¹.

Anne-Marie Buzatu aponta que, apesar de não ser equivocada a afirmação que a indústria de segurança privada ingressou nessa empreitada em busca de legitimação para as suas atividades, as razões determinantes para a ausência de legitimidade não se devem exclusivamente às irregularidades e transgressões por parte das EMSPs, mas também ao fracasso do sistema jurídico internacional, composto pelos Estados, na atribuição da responsabilidade e em fiscalizar e controlar efetivamente as EMSPs³⁷².

Concomitantemente à elaboração do ICoC, assumindo uma abordagem mais tradicional, o UNWG sobre os Mercenários, em 2008, elaborou um projeto de tratado internacional para regulamentar a atuação das EMSPs, *International Convention on the Regulation, Oversight and Monitoring of Private Military and Security Companies* (UNWG Convention), com o intento de vincular os Estados signatários e estabelecer novas regras e procedimentos referentes à regulação das EMSPs.

O projeto inova ao abarcar uma lista das funções exclusivas dos Estados que não deveriam ser desempenhadas pelas EMSPs, incluindo “*direct participation in hostilities, waging war and/or combat operations, taking prisoners, law-making, espionage, intelligence, knowledge transfer with military, security and policing application, use of and other activities related to weapons of mass destruction, police powers, especially the powers of arrest or detention including the interrogation of detainees, and other functions that a State Party considers to be inherently State functions*”³⁷³. Suprindo, por conseguinte, a lacuna deixada pelo Documento de Montreux e restringindo o âmbito de atuação das EMSPs.

Além disso, o projeto propõe mecanismos de regulação aos Estados em diferentes âmbitos, como um sistema de registro e licenciamento das empresas e dos seus empregados. Reitera que os Estados devem investigar e punir crimes internacionais e

³⁷¹ GÓMEZ DEL PRADO, José L.; TORROJA MATEU, Helena. *Hacia la Regulación Internacional de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas*. Fundación Privada Centro de Estudios Internacionales. Madrid: Marcial Pons, 2011.

³⁷² BUZATU, Anne-Marie. *Towards an International Code of Conduct for Private Security Providers: A view from Inside a Multistakeholder Process*. DCAF. SSR Paper 12, 2015, p. 69-70.

³⁷³ UNWG on Mercenaries. *Draft of a possible Convention on Private Military and Security Companies (PMSCs) for consideration and action by the Human Rights Council* in Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination, 02 July 2010, article 9.

crimes previstos em convenções internacionais, acrescentando a peremptoriedade dos Estados estabelecerem o crime de operar sem licença³⁷⁴.

Em relação à fiscalização e *accountability* das EMSPs, o projeto contempla dois métodos principais de coerção. Primeiro, os Estados teriam que desenvolver e implementar medidas na esfera interna que efetivariam suas obrigações perante a Convenção. Dessa forma, as EMSPs estariam submetidas à legislação implementada pelo Estado signatário e não diretamente aos princípios e regras previstos pela Convenção. Segundo, o projeto prevê a criação de um comitê internacional que fiscalizaria a implementação da Convenção pelos Estados, e poderia, concomitantemente, atuar como uma instância que levaria reclamações e queixas para apreciação dos Estados³⁷⁵.

O projeto reforça a responsabilidade dos Estados, particularmente, dos Estados nos quais as EMSPs possuem sede e registro – o que infere a responsabilidade do Estado por empresas atuando fora de sua jurisdição, promovendo a necessidade do Estado criar uma legislação extraterritorial e uma estrutura de coerção – e dos Estados em que as EMSPs operam, mesmo que não tenham sido contratadas por esse Estado, reafirmando o princípio internacional da soberania do Estado³⁷⁶.

Não obstante as inovações e os benefícios que a eventual concretização da Convenção, proposta pelo UNWG, pode trazer para a regulação internacional das EMSPs – como um sistema peremptório de licenciamento e registro e uma restrição material das atividades suscetíveis de privatização no setor militar e de segurança – já é possível vislumbrar lacunas e fragilidades no seu projeto. Entre as quais cita-se, o fato da Convenção depender demasiadamente da implementação nacional de seus mecanismos de coerção e fiscalização, dado que, como demonstrado pela prática, muitos Estados, nos quais as EMSPs operam, não possuem controle efetivo do território ou da atuação dessas empresas. Outra crítica feita à Convenção se refere ao sistema de reclamação, do comitê internacional, para alegações de violações. Esse processo só permite aos Estados-membros

³⁷⁴ BUZATU, Anne-Marie. *Towards an International Code of Conduct for Private Security Providers: A view from Inside a Multistakeholder Process*. DCAF. SSR Paper 12, 2015, p.19.

³⁷⁵ UNWG on Mercenaries. *Draft of a possible Convention on Private Military and Security Companies (PMSCs) for consideration and action by the Human Rights Council* in Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination, 02 July 2010.

³⁷⁶ UNWG on Mercenaries. *Draft of a possible Convention on Private Military and Security Companies (PMSCs) for consideration and action by the Human Rights Council* in Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination, 02 July 2010.

apresentarem queixa contra outro Estado-membro, que não está cumprindo com suas obrigações de regular as EMSPs efetivamente. Dessa forma, civis que possuíssem direitos violados, pelas atividades das EMSPs, teriam que depender de um Estado, diverso do que se encontram, para levar a questão perante o comitê³⁷⁷.

Para Anne-Marie Buzatu, a maior deficiência do projeto da Convenção se situa na esfera política, elaborado sob um mandato sobre os mercenários, o Grupo de Trabalho não possui o apoio dos Estados mais ligados aos serviços de segurança privada nem das empresas que compõem esse setor do mercado. O apoio auferido pelo UNWG provém do grupo de Estados que compõem o G77, em detrimento do suporte do grupo “*Western European & Others*”. Diante dessas circunstâncias o projeto enfrenta a difícil missão de conseguir apoio entre as EMSPs e os Estados exportadores e contratantes, o que é primordial para que a Convenção tenha alguma chance de ser efetiva³⁷⁸.

Em suma, diante dessa sucinta análise das possibilidades de regulação das EMSPs, o que se percebe é que não adianta só pensar de uma forma idealizada de como deveria ser o sistema de segurança internacional, mas que se faz necessária uma abordagem pragmática utilitarista.

Conforme aduz James Cockayne, o enfoque excessivo em como se deve regular as EMSPs (por meio do Estado ou pelo mercado), ou se a segurança pública deveria ou não ser um produto de comercialização, conduz a negligência do que pode ser o efeito mais relevante da globalização: a mudança das bases e definições da governança, isto é, uma mudança estrutural da legitimidade da violência³⁷⁹.

Conclui-se que, não obstante as limitações do direito internacional e a importância em se desenvolver uma regulação das EMSPs em outros âmbitos, a responsabilidade internacional não deve ser preterida, posto que as EMSPs somente atuam onde são requisitadas ou admitidas pelos Estados. Ignorar a lei da responsabilidade do Estado é dispensar o papel central dos Estados no contexto da força e pode, em última instância, resultar em uma abdicação da responsabilidade pela paz, pela segurança internacional, e pela proteção do indivíduo. O monopólio dos Estados de controle da violência decorre da

³⁷⁷ BUZATU, Anne-Marie. *Towards an International Code of Conduct for Private Security Providers: A view from Inside a Multistakeholder Process*. DCAF. SSR Paper 12, 2015.

³⁷⁸ BUZATU, Anne-Marie. *Towards an International Code of Conduct for Private Security Providers: A view from Inside a Multistakeholder Process*. DCAF. SSR Paper 12, 2015, p 20.

³⁷⁹ COCKAYNE, James. *Principal-agent theory and regulation of PMCs* in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010, p. 216.

compreensão de que a governança através dos Estados é o meio mais efetivo de sobrepor limites ao uso da força. Sob essa perspectiva, em relação às questões militares, o estadocentrismo nevrálgico da responsabilidade do Estado deve ser visto não como um reflexo da falha dessa matéria em se manter atualizada diante das transformações no âmbito militar, mas como uma institucionalização dessa compreensão³⁸⁰.

³⁸⁰ LEHNARDT, Chia. Private Military Companies and State Responsibility in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010, p.157.

CONCLUSÃO

Muitas foram as teorias e os pensadores que vislumbraram uma humanidade pacífica, uma sociedade utópica que desconheceria as calamidades da guerra. Não que se acredite que esses desejos deveriam ser abandonados e que as gerações deveriam sucumbir ao pessimismo e a descrença de uma paz duradoura e real. Idealizar outras possibilidades estruturais, sociais e políticas é o que impulsiona o caminhar para frente, que transforma, mesmo que lentamente, velhos paradigmas em fúlgidos conceitos, e ascendem valores como a dignidade humana, *jus cogens* e os direitos humanos universais. Por outro lado, imergir-se no mundo das ideias e deixar as realidades que se assenhoreiam do presente sem respostas se faz insipiente. E foi se resvalando nesta compreensão que este trabalho abordou as EMSPs como realidade fática, que diante da atual conjuntura, apresenta-se como um fenômeno, aparentemente, irreversível.

Como demonstrado ao longo deste trabalho, a contratação de empresas privadas que oferecem suporte militar e técnico para as forças armadas dos Estados não é algo novo, contudo, o crescimento vertiginoso desse setor empresarial, a ascensão de corporações cada vez mais fortes e influentes no cenário internacional, a soma bilionária e crescente que geram anualmente e o alcance cada vez mais alargado das atividades desempenhadas pelos contratados privados, nas operações militares e nos conflitos armados, têm representado um acontecimento recente.

A privatização generalizada da segurança – aqui considerada no âmbito internacional, em contextos de operações militares, de conflitos armados e, subsequentes, operações de reconstrução – provoca uma conseqüente erosão que relativiza a premissa sob a qual o Estado se sustentou por tanto tempo: a de que o monopólio estatal da violência é a instituição que melhor serve ao objetivo de controlá-la, gerando, em decorrência, uma cadeia de impactos que refletem em diferentes aspectos estruturais da sociedade.

As mudanças tecnológicas têm aumentado a dependência do Estado em civis para programar e operar sistemas complexos de armamentos e para gerenciar a coleta de informações, ocasionando a emergência de uma nova classe de expertos cuja legitimidade se sustenta em elementos técnicos e não na origem democrática de seu mandato, deslocando o debate militar da esfera pública para a privada e analisando problemas, que poderiam ser resolvidos por meios diplomáticos ou políticos, sob uma ótica técnica e

militar. Há, portanto, uma redução da soberania política e democrática sobre questões elementares, como o envolvimento do Estado em conflitos armados, intervenções em Estados terceiros ou o prolongamento do conflito, o que muitos estudiosos consideram ser um impacto na governança global. Além disso, tem se assistido ao empoderamento de atores não-estatais, que passam a ter acesso a tecnologias militares, antes exclusivas do Estado, sendo imperativo recordar que essas empresas privadas prestam serviços a uma variedade de clientes, não se restringindo ao ente estatal.

O momento que evidenciou essa expansão do setor privado da segurança transcorreu em 2003, na intervenção do Iraque. A atuação das EMSPs, até então executada de forma silenciosa, longe dos escrutínios midiáticos e populares, ressoou alta quando as violações de direitos humanos foram descortinadas no Iraque. Um dos aspectos que mais chamou a atenção em relação às operações nesse Estado foi exatamente a amplitude e a diversidade das atividades desempenhadas pelas EMSPs, que atuaram numa proporção nunca antes vista, contabilizando o segundo maior contingente de forças armadas, atrás, somente, dos EUA. O que mais repercutiu e ainda causa discussões jurídicas em relação aos acontecimentos do Iraque foi o alto grau de impunidade que circundou as atividades realizadas pelos contratados privados, levando alguns juristas a considerar que a atuação dessas empresas reside sob uma lacuna jurídica do direito internacional.

Não obstante, a análise conduzida por este trabalho demonstrou que não existe vácuo jurídico em torno das ações das EMSPs e que o direito internacional por meio da responsabilidade do Estado responde a muitas das situações decorridas da privatização da segurança.

Como explanado, a responsabilidade internacional do Estado, edificada sob o princípio da igualdade soberana dos Estados, constitui-se de normas secundárias que estabelecem as consequências jurídicas decorrentes de violações das obrigações do direito internacional (normas primárias). Ordinariamente, a responsabilidade do Estado só é acionada em decorrência dos atos cometidos pelo próprio Estado. Como o Estado *per se* é um ente abstrato derivado de uma ficção jurídica, a responsabilidade decorre dos atos dos órgãos estatais e das pessoas com capacidade para representá-lo. Entretanto, de acordo com as regras da responsabilidade compiladas pelo projeto da CDI, em determinadas circunstâncias, as condutas exercidas pelas EMSPs poderão ser atribuídas ao Estado.

Nos raros casos em que as EMSPs são consideradas, em conformidade com o direito interno, órgãos do Estado, seus atos desencadearão a responsabilidade desse, mesmo que as condutas violadoras sejam *ultra vires*. Se, em adição, forem integradas às forças armadas, as condutas infratoras podem vincular o Estado, mesmo que cometidas na esfera privada. Em outros casos, as EMSPs não são órgãos estatais, contudo, exercem atividades com elementos de autoridade governamental e, em relação a essas atividades, o Estado poderá responder pelos atos ilícitos dos contratados privados.

As provisões da responsabilidade permitem ainda atribuir a conduta dos atores privados ao Estado, quando este instrui, dirige ou controla os serviços prestados pelas EMSPs. Esta atribuição, denominada pela doutrina como órgãos *de facto* do Estado, abarca as situações em que as EMSPs atuam sob o seu comando e controle.

A responsabilidade pelos atos ocorridos sob as instruções do Estado contratante implica que essas foram ilícitas ou que a conduta violadora foi incidental à missão e o Estado aceitou a possibilidade de sua ocorrência. Em contrapartida, a responsabilidade decorrente da direção pressupõe que o Estado tenha liderado as operações em que o ato ilícito foi cometido. Em relação à responsabilidade fruto do controle exercido pelo Estado sobre as empresas privadas, verificou-se que existe controvérsia entre as jurisprudências da CIJ e do TPIY. A primeira defende que para desencadear a responsabilidade do Estado, deve restar comprovado um controle efetivo deste sobre os atores não-estatais. A segunda acredita que o parâmetro do controle efetivo pode ser relativizado para um controle geral, a depender do caso concreto, principalmente se o grupo não-estatal for um ente organizado que atua sob um comando hierárquico.

É importante se atentar que os precedentes estabelecidos por essas cortes internacionais não se tratavam de empresas privadas, mas de grupos paramilitares com agendas políticas próprias, que mesmo sendo auxiliados por Estados, se auto inseriram nos conflitos, o que se distancia da natureza das EMSPs, que só se inserem no contexto das hostilidades quando contratadas especificamente para atuar ali. Dessa forma, toda conduta desempenhada pelos contratados privados decorrem de um contrato de prestação de serviço, serviço este determinado pelo Estado contratante, mesmo que não tenha exercido um controle direto e específico sobre a operação em que se configurou o ilícito. Contudo, ainda que a verificação do controle efetivo se faça imprescindível, restando essa comprovada, imputa-se a responsabilidade ao Estado.

Corroborando a assertiva de que as EMSPs não operam sob uma lacuna legal, nas circunstâncias que não couberem uma atribuição da conduta do ator privado ao Estado, pode-se incidir a responsabilidade pelo descumprimento do exercício da *due diligence*. Esta obrigação, decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos e do direito humanitário, alarga o alcance da responsabilidade do Estado para além do Estado contratante, abarcando também o Estado do território em que as EMSPs atuam (*host States*) e o Estado sede das empresas (*home States*). O dever de *due diligence* se traduz no dever de prevenir, investigar, evitar ou punir a ocorrência de violações das obrigações previstas pelos tratados internacionais. Em breve síntese, para o Estado contratante, a responsabilidade decorre de um dever de contratar somente empresas que possuem uma boa reputação no mercado, de regular o contrato, fiscalizar e monitorar os serviços delegados às EMSPs. Para os *host States*, a obrigação deriva da soberania territorial do Estado e do dever de prevenir e punir violações de direitos humanos em seu território. Quanto aos *home States*, a obrigação consiste em fiscalizar as EMSPs que instituem sede em seu território, criando um sistema de licença e registro.

A obrigação de cumprir com a *due diligence* é reforçada e solidificada no conjunto de normas que formam o direito internacional humanitário. Por sua vez, com o objetivo de fortalecer ambos os institutos, o Documento de Montreux reitera todas as obrigações existentes sob o direito internacional humanitário e, em sua segunda parte, indica quais seriam as boas práticas que os Estados deveriam executar para cumprir o dever da devida diligência.

Portanto, a responsabilidade internacional do Estado apresenta-se como uma possível solução para os impactos causados pela atuação das EMSPs, uma vez que traz de volta para a esfera estatal a responsabilidade por atividades que constituem o esforço militar da guerra, impedindo que os Estados se esquivem da responsabilidade ao simplesmente contratar atores privados para desempenhar determinadas funções. Entretanto, como ressaltado no segundo capítulo, as relações entre os sujeitos do direito internacional não se resumem mais à figura do Estado. A responsabilidade do Estado possui suas limitações inerentes, uma vez que se destina unicamente ao ente estatal, deixando questões como a responsabilidade individual e da empresa sem respostas satisfatórias.

Como analisado, a comunidade internacional tem movido esforços para responder às multilateralidades decorrentes de situações complexas, como costumam ser os ambientes que compreendem operações militares multinacionais e conflitos armados. Entre essas medidas se destacam algumas iniciativas nacionais, associações de autorregulação das empresas, o Código Internacional de Conduta para os Provedores de Serviços de Segurança Privada, o Documento de Montreux e a proposta de um tratado internacional do UNWG, para regulação, fiscalização e monitoramento das EMSPs.

Diante da análise apartada das iniciativas de regulação das condutas das EMSPs e dos seus contratados, conclui-se que, separadamente, as regulações não podem abarcar todos os aspectos das inter-relações e das possíveis violações de obrigações internacionais (destaca-se as de direitos humanos e de direito humanitário) decorrentes de contextos de uso da força. Portanto, só um sistema de regulação multilateral pode fazer frente às vicissitudes inerentes à privatização da segurança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRISKETA, Joana. *Blackwater: Los Mercenarios y el Derecho Internacional*. Madrid:

FRIDE, 2007. Disponível em: http://fride.org/descarga/COM_blackwater_ESP_sep07.pdf.

Acesso em 23 de maio de 2017.

ALEXANDER, Amanda. *A Short History of International Humanitarian Law*. The European Journal of International Law, vol.26 nº1, 2015.

ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito internacional público*, 2.ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ANDRADE, Adriana L. V. Soares. *A Responsabilidade Internacional por Atos das Empresas Militares e de Segurança Privada*. Dissertação de Mestrado em Direito Internacinal apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

ARCARI, Maurizio. “Le Juge et la Codification du Droit de la Responsabilité” in BOSCHIERO, Nerina; SCOVAZZI, Tullio; PITEA, Cesare; RAGNI Chiara (eds.) *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*. Hague: Asser Press/Springer, 2013.

AVANT, Deborah D. *The Market for Force*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

AVANT, Deborah. “The Emerging Market and Problems of Regulation” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010.

BEZERRA, Fábio Luiz de Oliveira. *Responsabilidade Internacional do Estado pelos Atos de Particulares*. Curitiba: Editora CRV, 2014.

BOYLE, ALAN. "Soft Law in International Law-Making" in EVANS, Malcolm D. (ed.) *International Law*. New York: Oxford University Press, 2010.

BUZATU, Anne-Marie. *Towards an International Code of Conduct for Private Security Providers: A view from Inside a Multistakeholder Process*. DCAF. SSR Paper 12, 2015.

CAMERON, Lindsey; VINCENT, Chetail. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*. Cambridge University Press, 2013.

CAPARINI, Marina. "Domestic Regulation: Licensing regimes for the export of military goods and services" in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010.

CASSESE, A. *The Nicaragua and Tadic Tests revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*. European Journal of International Law, Vol.18, N.4, p. 649-668, September 2007.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

COCKAYNE, James. "Principal-agent theory and regulation of PMCs" in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010.

COCKAYNE, James. *Regulating Private Military and Security Companies: The Content, Negotiation, Weaknesses and Promise of the Montreux Document* in Journal of Conflict & Security Law. Oxford University Press, 2009.

CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8ed. UK: Oxford University Press, 2008.

CRAWFORD, James. *State Responsibility: The General Part*. UK: Cambridge University Press. 2013.

CRAWFORD, James; OLLESON, Simon. “The Nature and Forms of International Responsibility” in EVANS, Malcolm D. *International Law*. (ed.) *International Law*. New York: Oxford University Press, 2010.

DETTTER, Ingrid. *The Law of War*. 3ed. England: Ashgate Publishing Limited, 2013.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2.ed, Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2003

DOSWALD-BECK, Louise. “Private military companies under international humanitarian law” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010

DUPUY, Pierre-Marie. *Quarante ans de condifcation du droit de la responsabilite internationale dès etats: um bilan*. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, V.2 N.2, (P.305-348), 2003

ESTAPÀ, Jaume Saura. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto Iraquí” in JORDÀ, Albert Galinsoga (ed.). *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El Caso Couso*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida; Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico (P.347 – 368), 2013.

FERNÁNDEZ, César Arienza. “Privatización y Transnacionalización de la Defensa. Los Nuevos Ejércitos Mercenarios” in Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (Monografías del CESEDEN). *Las Nuevas Guerras y la Polemología*. Madrid: Imprenta Ministerio de Defensa, 2009

FUKUYAMA, Francis. *Construção de Estados: Governo e Organização no Século XXI*. Trad. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

GOMEZ DEL PRADO, Jose L. *Private Military and Security Companies and the UN Working Group on the Use of Mercenaries*. *Journal of Conflict and Security Law*. Vol.12, No.3, 2008.

GÓMEZ DEL PRADO, José L.; TORROJA MATEU, Helena. *Hacia la Regulación Internacional de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas*. Fundación Privada Centro de Estudios Internacionales. Madrid: Marcial Pons, 2011.

GUTIÉRREZ ESPADA, C. *El hecho ilícito internacional*. Madrid: Dykinson, 2005.

HENRY, Alexandre. *La Privatisation de la Sécurité: Logiques d'intrusion des sociétés militaires privées*. Paris: L'Harmattan, 2011.

HOLMQVIST, Caroline. *Private Security Companies: The Case for Regulation*. SIPRI Policy Paper, No.9, January, Stockholm: Stockholm International Peace Research Institute, 2005.

IGLESIAS, Mario A. Laborie. *La Controvertida Contribución de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP) a la Resolución de Conflictos in MINISTERIO DE DEFENSA. Los Actores No Estatales Y La Seguridad Internacional: Su Papel En La Resolución de Conflictos Y Crisis*. Instituto Español de Estudios Estratégicos Centro Nacional de Inteligencia. Madrid: Imprenta Del Ministerio de Defensa, 2010.

IRVIN, A. Grayson. "Rethinking the Role and Regulation of Private Military Companies: What the United States and United Kingdom can Learn From Shared Experiences" in *the War on Terror*. *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol.39, No.2, 2011.

ISENBERG, David. “Challenges of Security Privatisation in Iraq” in BRYDEN, Alan; CAPARINI, Marina (eds.). *Private Actors and Security Governance*. Geneva: LIT & DCAF, 2006, p.176.

JIMÉNEZ GARCÍA, F. *La Responsabilidad Directa por Omisión del Estado más Allá de la Diligencia Debida: reflexiones a raíz de los crímenes ‘femicidas’ de ciudad Juárez*. Revista Española de Derecho Internacional, V. LXIII, N.2, p. 12-50, jul./dez. 2011, p.26-27.

KANT, Immanuel (1795) *Perpetual Peace and Other Essays*, Ted Humphrey (trans.) Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1983.

KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. New York: Routledge, 2006.

KLABBERS, Jan. *International Law*. New York: Cambridge University Press, 2013.

LEANDER, Anna. *The Power to Construct International Security: On the Significance of Private Military Companies*. Millennium: Journal of International Studies, Vol. 33, No. 3, (p. 803-826), 2005.

LEHNARDT, Chia. “Private Military Companies and State Responsibility” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010.

LOPES, José Alberto de Azeredo. *Entre a Solidão e Intervencionismo: Direito de Autodeterminação dos Povos e Reações de Estados Terceiros*. Porto: Coimbra Editora, 2003.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MARIN, Marcelo de Paola. *Maquiavel e Guicciardini: liberdade cívica e discórdias civis*. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

MCINTYRE, Angela; WEISS, Taya. “Africa’s experience of mercenaries and PMC’S” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. New York: Oxford University Press, 2010.

MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino. *Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos*. 3ed. Coimbra: Ius Gentium Conimbrigae, 2012.

NOLLKAEMPER, André. “Issues of Shared Responsibility Before the International Court of Justice” in RIETER, Eva; WAELE, Henri de. (ed.) *Evolving Principles of International Law: Studies in Honour of Karel C. Wellens*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, (p.200-237) 2012.

O’BRIEN, Kevin A. “What Should and what should not be regulated?” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010.

ORTIZ, Carlos. “Overseas Trade in Early Modernity and the Emergence of Embryonic Private Military Companies” in JÄGER, Thomas; KÜMMEL, Gerhard (eds.) *Private Military and Security Companies: Chances, Problems, Pitfalls and Prospects*. Wiesbaden:VS Verlag, 2007.

PERCY, Sarah. “Morality and Regulation” in CHESTERMAN, Simon; LEHNARDT, Chia. *From Mercenaries to Market: The rise and regulations of private military companies*. Oxford University Press: New York, 2010.

PETERSOHN, Ulrich. *Outsourcing the Big Stick: the Consequences of Using Private Military Companies* in Working Paper Series, No. 08-0129, Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University, Boston: 2008.

ROSEMANN, Nils. *Code of Conduct: Tool for Self-Regulation for Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper 15. 2008.

ROSEN, Fred. *Contract Warriors: How Mercenaries Changed History and the War on Terrorism*. New York: Alpha, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, (1775)“A Discourse on Political Economy”, in Denis Diderot (ed), *Jean-Jacques Rousseau: The Basic Political Writing*. Indianapolis and Cambridge: Hackett Publishing Company, 1987.

RYNGAERT, Cedric. *Litigating Abuses Committed by Private Military Companies*. Academy of European Law. EUI Working Paper AEL 2009/5.

SCHREIER, Fred; CAPARINI, Marina. *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Occasional Paper, n.6. Geneva, 2005.

SEGURA, Caterina García. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: de Agentes a Actores en el Ámbito de la Seguridad Internacional y los Conflictos Armados” in ROCHA, Inmaculada Marrero (coord.), *Conflictos Armados, género y comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2015.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ed. UK: Cambridge University Press, 2008.

SINGER, Peter W. *Corporate Warriors: The Rise and Ramifications of the Privatized Military Industry*. *International Security*, Vol. 26, No. 3, Winter 2001/2002.

SINGER, Peter W. *Corporate Warriors: The Rise of Privatized Military Industry*. New York: Cornell University Press, 2003.

SINGER, Peter W. *The Private Military Industry and Iraq: What Have We Learned and Where To Next?*, DCAF Policy Paper, November 2004.

SOLIS, Gary D. *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*. New York: Cambridge University Press, 2010.

THOMSON, J. *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1994.

TONKIN, Hannah. *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

WEBER, Max. *Theory of Social and Economic Organization*. New York: Free Press, 1964.

WEIGELT, Katja; MÄRKER, Frank. “Who is Responsible? The Use of PMCs” in Armed Conflict and International Law in JÄGER, Thomas; KÜMMEL, Gerhard (eds.) *Private Military and Security Companies: Chances, Problems, Pitfall and Prospects*. Wiesbaden:VS Verlag, 2007.

Documentos consultados:

Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal. London, 1945. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/350?OpenDocument>. Acesso em 20/06/2017.

British Association of Private Security Companies. Home. Disponível em: <http://www.bapsc.org.uk/>. Acesso em 20/05/2017.

Comissão de Direito Internacional. Comentários gerais sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos submetidos à Assembleia Geral das Nações

Unidas anexado à Resolução 56/83, 2001. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Acesso em 13/05/2017.

Comissão de Direito Internacional. Yearbook of the International Law Commission. 1949.

Comissão de Direito Internacional. Yearbook of the International Law Commission, 1998.

Comitê Internacional da Cruz Vermelha. International Humanitarian Law and International Human Rights Law: Similarities and Differences, 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1ria/Downloads/ihl-and-ihrl.pdf>. Acesso no dia 20/02/2017.

Congressional Research Service. US Congressional Research Report (13 May 2011). Disponível em: <https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/R40764.pdf>. Acesso em 23/04/2017.

Convenção de Genebra. Protocolo Adicional I. 1977, artigo 91º. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-I-conv-genebra-12-08-1949.html>. Acesso em 03/06/2017.

Documento de Montreux sobre Obrigações Legais Internacionais Pertinentes e Boas Práticas Relacionadas com as Operações de Companhias Particulares Militares e de Segurança durante Conflito Armado para os Estados, 2008.

Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for Their Actions, organized by The University Centre for International Humanitarian Law, Geneva. 29-30 August 2005.

General Assembly of the United Nations. Seventy-first session. Responsibility of States for International wrongful acts (Agenda item 74), 2016. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/sixth/71/resp_of_states.shtml. Acessado em 24/06/2017. Acesso em 30/06/2017.

Geneva Academy, Academy Briefing No.4. The International Code of Conduct for Private Security Service Providers. August 2013.

House of Foreign Affairs Committee. Private Military Companies. Ninth Report of Session 2001-02. Disponível em:

<https://www.publications.parliament.uk/pa/cm200102/cmselect/cmffaff/922/922.pdf>.

Acesso em 17/05/2017.

HRC, General Comment no. 31: 'The Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant', 26 May 2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 8.

Disponível em:

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%2bfud3cPVrcM9YR0iW6Txaxgp3f9kUFpWoq%2fhW%2fTpKi2tPhZsbEJw%2fGeZRASjdFuuJQRnbJEaUhby31WiQPI2mLFDe6ZSwMMvmQGVHA%3d%3d>

Acesso em 18/05/2017.

International Code of Conduct Association. *The Articles of Association*. Disponível em:

https://www.icoca.ch/en/articles_of_association. Acesso em 25/06/2017.

International Criminal Court. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf.

Acesso em 11/04/2017.

International Law Commission. *Draft Article on Responsibility of International Organizations*, 2011. Disponível em:

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf.

ISOA. Mission. Disponível em: <https://stability-operations.org/about/our-mission>. Acesso em 20/05/2017.

ONU. (1945) Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.un.org/en/charter-united-nations/index.html>. Acesso em 15/03/2017.

ONU. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em 16/03/2017.

SWITZERLAND. Informal Summary of the Montreux Document by Switzerland, 2008. Documento A/63/467 – S/2008/636. General Assembly Security Council. United Nations.

SWITZERLAND. International Code of Conduct for Private Security Service Providers. 09 de novembro de 2010.

United Nations General Assembly Security Council. Montreux Document, 2008. Documento A/63/467 – S/2008/636. Disponível em: <http://undocs.org/A/63/467>. Acesso em 24/06/2017.

United Nations General Assembly. Responsibility of States for internationally wrongful acts Comments and information received from Governments. Doc. A/62/63. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/267/06/PDF/N0726706.pdf?OpenElement>. Acesso em 23/04/2017.

United Nations General Assembly. Use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination . Doc. A/61/341. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/520/80/PDF/N0652080.pdf?OpenElement>. Acesso em 13/06/2017.

United Nations General Assembly. Use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination Doc A/63/325. Disponível em: [https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/520/80/PDF/N0652080.pdf?OpenElement)

ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/489/81/PDF/N0848981.pdf?OpenElement. Acesso em 15/06/2017.

United Nations. Update Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Disponível em: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. Acessado no dia 11/04/2017. Acesso em 13/05/2017.

UNWG on Mercenaries. Draft of a possible Convention on Private Military and Security Companies (PMSCs) for consideration and action by the Human Rights Council in Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination, 02 July 2010.

Decisões judiciais consultadas:

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodriguez vs. Honduras, 1989. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. Acesso em 14/04/2017.

FRANCE-NEW ZEALAND ARBITRATION TRIBUNAL. Rainbow Warrior, (New Zealand v. France) 82 I.L.R. 500, 1990.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Tadic Case. (IT-94-1-A). Judgement. 15 July 1999.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case Concerning Application of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Judgment of 26 February 2007.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia). Judgment, 26 June 1992.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania). Judgment (Merits). 9 April 1949.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran). Judgment. 24 May 1980.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Barcelona Traction, Light & Power Company, Limited (Spain v. Belgium). Second Phase, 1970.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Chorzów Factory case. (Germany v. Poland). Merits. 1928.